JURISP.

MINEIRA

VOL. 149

JUL/SET

1999

# 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.


| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Jurisp. Mineira | Belo Horizonte | a. 50 | nº 149 | jul. a set. 1999 |

ENVIAMOS EM PERMUTA

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

**JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-1999**
**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
**LÚCIO URBANO SILVA MARTINS** (até 22/09/99)
**SÉRGIO LELLIS SANTIAGO**

Primeiro Vice-Presidente: Desembargador
**FRANCISCO DE ASSIS FIGUEIREDO**

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
**MURILO JOSÉ PEREIRA**

Corregedor de Justiça: Desembargador
**JOSÉ GUIDO DE ANDRADE**

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Des. **Orlando** Adão **Carvalho** - Presidente
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. **José Brandão de Resende** Filho
Des. **Páris Peixoto Pena**

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Des. José **Fernandes Filho** - Presidente
Des. **Sérgio Lellis Santiago** (até 22/09/99)
Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins (a partir de 23/09/99)
Des. **Rubens Xavier Ferreira**
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Des. Márcio Aristeu **Monteiro de Barros** - Presidente (até 03/09/99)
Des. **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa** - Presidente
Des. Nilo **Schalcher Ventura**
Des. **Aloysio** Pereira **Nogueira**
Des. **José Antonino Baía Borges**
Des. **Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes** (a partir de 22/09/99)

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Des. **Bady** Raimundo **Curi** - Presidente
Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro** (até 23/09/99)
Des. Mário Lúcio **Carreira Machado**
Des. José Tarcízio de **Almeida Melo**

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Des. **Hugo Bengtsson** Júnior - Presidente
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. Amilar **Campos Oliveira**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**
Des. **Herondes** João **de Andrade** (até 27/08/99)
Des. **José Francisco Bueno** (a partir de 22/09/99)

GRUPOS DE CÂMARAS CÍVEIS

PRIMEIRO GRUPO

Des. José **Fernandes Filho** - Presidente
Des. **Sérgio Lellis Santiago** (até 22/09/99)
Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins (a partir de 23/09/99)
Des. **Rubens Xavier Ferreira**
Des. **Orlando** Adão **Carvalho**
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. **José Brandão de Resende** Filho
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**
Des. **Páris Peixoto Pena**

SEGUNDO GRUPO

Des. Márcio Aristeu **Monteiro de Barros** - Presidente (até 03/09/99)
Des. **Bady** Raimundo **Curi** - Presidente
Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Des. **Hugo Bengtsson** Júnior
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. Amilar **Campos Oliveira**
Des. **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa**
Des. Nilo **Schalcher Ventura**
Des. **Aloysio** Pereira **Nogueira**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro** (até 23/09/99)
Des. Mário Lúcio **Carreira Machado**
Des. José Tarcízio de **Almeida Melo**
Des. **José Antonino Baía Borges**
Des. **Herondes** João **de Andrade** (até 27/08/99)
Des. **Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes** (a partir de 22//09/99)
Des. **José Francisco Bueno** (a partir de 22/09/99)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Edelberto** Léllis **Santiago**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. **Zulman** da Silva **Galdino**
Des. **Luiz Carlos Biasutti** - Presidente

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira - Presidente
Des. **Paulo Tinôco**
Des. **Roney Oliveira**
Des. Joaquim **Alves de Andrade** (até 23/09/99)
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro** (a partir de 24/09/99)
Des. Joaquim **Herculano Rodrigues**

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina** - Presidente
Des. **Odilon Ferreira** da Silva
Des. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. Joaquim **Gomes Lima** Filho

## GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira - Presidente
Des. **Paulo Tinôco**
Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Edelberto** Léllis **Santiago**
Des. **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina**
Des. **Odilon Ferreira** da Silva
Des. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. **Roney Oliveira**
Des. **Zulman** da Silva **Galdino**
Des. Joaquim **Alves de Andrade** (até 23/09/99)
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. Joaquim **Gomes Lima** Filho
Des. **Luiz Carlos Biasutti**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro** (a partir de 24//09/99)
Des. Joaquim **Herculano Rodrigues**

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins - Presidente (até 22/09/99)
Des. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo** - Primeiro Vice-Presidente
Des. José **Guido de Andrade** - Corregedor
Des. **Murilo** José **Pereira** - Segundo Vice-Presidente
Des. Nilo **Schalder Ventura**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. Joaquim **Gomes Lima** Filho
Des. **Aloysio** Pereira **Nogueira**
Des. **Luiz Carlos Biasutti**

## CORTE SUPERIOR

Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins - Presidente (até 22/09/99)
Des. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira
Des. José **Fernandes Filho**
Des. Márcio Aristeu **Monteiro de Barros** (até 03/09/99)
Des. **Paulo Tinôco**
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo** - Primeiro Vice-Presidente
Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Bady** Raimundo **Curi**
Des. **Rubens Xavier Ferreira** - Presidente do TRE
Des. José **Guido de Andrade** - Corregedor
Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Vice-Presidente do TRE
Des. **Murilo** José **Pereira** - Segundo Vice-Presidente
Des. **Hugo Bengtsson** Júnior
Des. **Orlando** Adão **Carvalho**
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina**
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. **Odilon Ferreira** da Silva
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. Amilar **Campos Oliveira**
Des. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
Des. **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa**
Des. Joaquim **Alves de Andrade** (até 23/09/99)
Des. **José Brandão de Resende** Filho
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**

## REUNIÕES DOS ÓRGÃOS

Primeira Câmara Cível - Terças-feiras
Segunda Câmara Cível - Terças-feiras
Terceira Câmara Cível - Quintas-feiras
Quarta Câmara Cível - Quintas-feiras
Quinta Câmara Cível - Quintas-feiras
Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis - Quarta-feira (1ª)
Segundo Grupo de Câmaras Cíveis - Quarta-feira (1ª)
Primeira Câmara Criminal - Terças-feiras
Segunda Câmara Criminal - Quintas-feiras
Terceira Câmara Criminal - Terças-feiras
Grupo de Câmaras Criminais - Segunda-feira (2ª)
Conselho da Magistratura - Segunda-feira (1ª)
Corte Superior - Quartas-feiras (2ª e 4ª)

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Epaminondas Fulgêncio Neto

# Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Diretor**

Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Primeiro Vice-Presidente do TJMG

**Diretor-Geral do TJMG**

Luiz Carlos G. Elói

**Comissão de Divulgação e Jurisprudência**

Des. Francisco Figueiredo - Presidente

Des. Garcia Leão

Des. Abreu Leite

Des. Reynaldo Ximenes Carneiro

Des. Aluízio Quintão

Des. Luiz Carlos Biasutti

Des. Alves de Andrade

Des. Mercêdo Moreira

**Secretária Judiciária**

Marina de Souza

**Diretora de Jurisprudência**

Maria Helena Duarte

**Redatores**

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

**Revisores**

Maria Célia da Silveira - Coordenadora
Eudes José da Silva Melo
Lucy Maria Brant Miranda
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Pedro Jorge Fonseca
Adriana Cláudia Teixeira de Souza

**Divisão de Distribuição e Divulgação**

Maria Elisa Saldanha Barçante Teixeira - Coordenadora
Odin Americano Brandão
Maria de Fátima Almeida Machado

**Redação e Administração**

Rua Goiás, 229 - 9º andar
Fone: (0xx31) 237-6125
Belo Horizonte - 30190-030 - MG - Brasil

# Sumário

PÁG.

**NOTA BIOGRÁFICA**

Desembargador Rubens Eulálio de Souza **03**

**DOUTRINA**

Sistemas Processuais Penais - Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago **05**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS**

1. CORTE SUPERIOR

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa - Ofensa aos arts. 21, § 1º, e 22, parágrafo único, da Constituição Estadual - Propositura da ação contra o alcaide e não contra o município - Irregularidade - Inexistência ..... **51**

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal estabelecendo repasse automático de recursos financeiros ao Legislativo - Inconstitucionalidade - Afronta aos artigos 161, IV, e 162 da Constituição Estadual ..... **58**

Competência - Conflito - Câmara Cível e Câmara Criminal - Hipoteca legal - Medida do processo penal para garantia do valor das penas pecuniárias e das custas processuais - Sentença - Natureza criminal - Apelação para Câmara Criminal - Autuação em separado e em apenso nos autos da ação penal ..... **60**

Dúvida de competência - Recurso de agravo interposto em medida cautelar inominada - Filhas que pretendem retornar à casa paterna - Natureza possessória do pedido - Artigo 108, II, da Constituição Mineira - Competência do Tribunal de Alçada ..... 62

2. GRUPOS DE CÂMARAS

2.1. PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Ação rescisória - Tutela antecipada - Liminar - Possibilidade - Cabimento em caso de fraude ou erro material comprovado - Parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.212/91 - Inteligência - Erro de fato - Ocorrência ..... 64

2.2. SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Concurso público - Defeito de questões - Convalidação - Anulação - Ilegalidade - Ausência ..... 67

3. CÂMARAS ISOLADAS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Execução fiscal - Reforço de garantia - Fazenda Pública - Informações junto ao Banco Central do Brasil sobre aplicações financeiras ou depósitos em conta corrente do devedor - Meios disponíveis para a obtenção - Não-exaurimento - Requisição judicial - Inadmissibilidade ..... 70

Falência - *Vis attractiva* - Inocorrência - Competência - Tribunal de Alçada - Artigo 108, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais - Aplicabilidade ..... 71

Cobrança - Diferenças contábeis - Favorecimento ao autor - Perícia - Pedido - Deferimento - Réu - Agravo - Nome dos advogados - Omissão - Agravado - Contraminuta - Apresentação - Documentos - Autenticação - Ausência - Irrelevância - Art. 526 do CPC - Descumprimento - Prejuízo - Inexistência - Nulidade - Inocorrência ..... 73

Medida cautelar - Suspensão de cobrança tributária - Liminar - Caução - Depósito integral e em dinheiro - Necessidade ..... 76

Imposto - Predial e territorial urbano - Imóvel invadido - Posse vintenária - Pagamento - Posseiro - Responsabilidade ..... 77





Tabelião - Atos - Danos a terceiros - Estado - Responsabilidade objetiva - Arts. 37, § 6º, e 236 da CF - Inteligência - Legitimação passiva - Exclusão da lide - Impossibilidade ..... 79

Liminar - Ação civil pública - Indisponibilidade de bens do ex-prefeito - Improbidade administrativa - Atos praticados antes da vigência da Lei nº 8.429/92 - Irretroatividade da norma - Concessão da medida - Inadmissibilidade ..... 84

Inventário - Partilha - Homologação - Inventariante - Cessação do cargo - Ação em nome do espólio - Impossibilidade - Direito ou coisa objeto da causa - Discussão - Herdeiros - Parte legítima ..... 86

Inventário - Paternidade reconhecida judicialmente - Testamento - Nulidade - Apreciação no próprio processo - Possibilidade - Art. 984 do CPC - Inteligência ..... 88

Falência - Requerimento pelo próprio devedor - Autofalência - Despesas com edital - Pagamento - Antecipação - Exigência - Admissibilidade - Art. 19 do CPC - Art. 124 da Lei de Falências - Inteligência ..... 90

Assistência judiciária - Ausência de procuração com poderes expressos - Afirmação desvaliosa - Indeferimento - Inteligência do art. 1º da Lei nº 7.115/83 . 92

Competência - Prevenção - Cautela jurisdicional - Art. 800 do CPC - Inteligência - Separação de corpos - Alimentos provisionais - Distribuição - Despacho - Separação judicial - Ação principal - Ajuizamento posterior - Conhecimento - Julgamento - Juízo competente ..... 94

Execução fiscal - Fundamento em título extrajudicial - Execução definitiva - Pendência de recurso - Irrelevância - Penhora - Estoque da empresa - Possibilidade - Relação jurídica continuativa - Alteração de fato ou de direito - Exame da matéria já decidida - Admissibilidade - Inteligência do art. 471, I, do CPC - Preclusão - Inocorrência ..... 99

Servidão administrativa - Desapropriação - Indenização - Abrangência apenas da área destinada à servidão - Possuidor do imóvel - Defesa - Pagamento a quem provar a propriedade ..... 103

Execução fiscal - Foro competente - Opção da Fazenda Pública - Competência relativa - Incompetência - Argüição de ofício - Impossibilidade ..... 106

Magistrado - Abono de faltas - Lista de antigüidade - Promoção para entrância intermediária - Pedido judicial - Inadmissibilidade - Ilegitimidade passiva

do Estado de Minas Gerais - Ato administrativo - Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Impossibilidade jurídica do pedido - Petição inicial - Inépcia - Ilegitimidade de parte - Indeferimento ..... **108**

Investigação de paternidade - Titularidade - Restrição a filho - Artigo 363 do Código Civil - Aplicabilidade - Despacho saneador - Prova pericial requerida - Ausência - Argüição de nulidade - Descabimento - Coisa julgada material - Ações anteriormente extintas sem julgamento do mérito - Inocorrência ..... **112**

Tombamento - Faculdades inerentes ao domínio - Uso - Gozo - Disposição - Redução - Valor econômico da coisa - Diminuição - Indenização - Princípio da responsabilidade objetiva do Estado ..... **116**

Servidor público estadual - Aposentadoria proporcional - Proventos - Redução a partir do ingresso na inatividade - Percepção de vencimentos integrais até o ato de aposentação - Impossibilidade - Verba indevida - Caráter alimentar - Irrelevância - Não-pagamento - Ato administrativo - Erro de fato - Vício - Retificação ..... **119**

Usucapião - Terreno originário de desvio de álveo de rio - Obra do Poder Público - Art. 26 do Código das Águas - Não-incidência - Art. 27 do Dec. nº 24.643/34 - Requisitos - Ausência de comprovação - Pretensão recursal - Inacolhimento - Prescrição aquisitiva - Lapso temporal insuficiente - Não-reconhecimento ..... **121**

Câmara municipal - Capacidade processual - Limitação à defesa de prerrogativas institucionais próprias - Ação de indenização - Legitimidade passiva do município - Honorários de advogado - Arbitramento Excessivo - Redução - Ação condenatória julgada extinta - § 3º do art. 20 do CPC - Inaplicabilidade ..... **125**

Mandado de segurança - Direito de comercialização - Determinado produto - Vedação legal - Ausência - Proibição - Ato de prefeito municipal - Ilegalidade - Arbitrariedade ..... **129**

Registro civil - Nascimento - Anulatória - Cumulação com negatória de paternidade - Declaração espontânea no registro - Vícios - Coação - Artigo 98 do Código Civil - Inteligência - Inexistência - Exame verificador da paternidade - Recusa - Má-fé - Inocorrência - Exame de DNA - Registro público - Prevalência ..... **131**

Paternidade - Reconhecimento voluntário em audiência - Mérito - Julgamento -





Procedência do pedido - Rescisória - Recurso - Preparo - Insuficiência - Deserção - Inocorrência ..... **134**

Pensão - IPSEMG - Neto - Reconhecimento da dependência judicialmente - Inexistência - Dependência perante a Receita Federal - Irrelevância - Concessão do benefício - Impossibilidade - Art. 70 da Lei Estadual nº 9.380/86 - Art. 8º, § 2º, do Decreto Estadual nº 26.562/87 - Inteligência ..... **137**

Ação civil pública - Fatos relevantes da causa - Ministério Público - Comprovação - Dano patrimonial aos cofres públicos - Proveito indevido ou ilícito auferido pelo réu - Prova inequívoca - Inexistência - Improcedência ..... **138**

Mandado de segurança preventivo - Situações futuras da mesma natureza - Abrangência - Resguardo - Caráter genérico à concessão da ordem - Inadmissibilidade - Projeto de lei do Executivo - Regimento interno da Casa Legislativa - Inobservância - Poder Legislativo - Recusa - Arbitrariedade - Inexistência - Direito líquido e certo - Não-materialização - Poderes constituídos - Questões *interna corporis* - Segurança denegada ..... **144**

Usucapião extraordinário - Imóvel foreiro - Patrimônio público - Nua propriedade - Inalterabilidade - Domínio útil - Posse mansa e pacífica - Tempo previsto em lei - *Animus domini* - Comprovação - Possibilidade ..... **146**

Ressarcimento - Erário público - Ações - Imprescritibilidade - Município - Contas orçamentárias - Aprovação pela câmara municipal - Atividade administrativa - Exame do mérito - Controle jurisdicional - Impossibilidade ..... **148**

Menor - Guarda pela mãe - Criança integrada ao lar paterno - Prevalência do interesse do menor - Mudança - Inadmissibilidade - Situação regular - Prazo recursal - Art. 198, II, do ECA - Inaplicabilidade - Juiz - Falecimento - Fase instrutória do feito - Juízo sucessor - Condução do processo - Identidade física do juiz - Sentença - Nulidade - Inocorrência ..... **151**

Execução fiscal - Responsabilidade tributária - Solidariedade - Lei ou vontade das partes - Beneficiários do fato gerador da obrigação principal - Estabelecimento comercial - Venda - Responsabilidade subsidiária do adquirente ..... **154**

Casamento - Anulatória - Propositura pela mulher - Homossexualidade do marido - Caracterização - Desconhecimento antes do casamento - Erro essencial - Artigo 219, I, Código Civil - Aplicabilidade - Vida em comum - Insuportabilidade - Procedência - Inicial - Inépcia - Inocorrência ..... **156**

Abuso de poder - Retardamento de ato ou fato - Caracterização - Correção judicial - Mandado de segurança - Cabimento - Direito de construir - Reconhecimento - Alvará de demolição - Expedição pelo Judiciário - Impossibilidade - Documentação apresentada - Pronunciamento - Determinação ..... 159

Pátrio poder - Destituição - Abandono intencional - Prova - Ausência - Improcedência - Guarda de filho menor - Julgamento *ultra petita* - Inocorrência ..... 162

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Pagamento indevido - Erro de fato - Compensação - Possibilidade - Créditos extemporâneos - Embaraço ao seu aproveitamento - Ente público - Correção monetária - Natureza de acessório ou de sanção - Inexistência - Mera atualização da moeda - Admissibilidade ..... 166

Embargos à execução fiscal - Termo de penhora - Advogado sem poderes para nomear bens e assinar - Ausência de segurança do juízo - Artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 - Embargos - Requisito de admissibilidade - Extinção do processo de ofício ..... 170

Sentença - Juiz convocado para colaborar na vara - Não-participação na instrução processual - Provas produzidas - Desinfluência na decisão - Identidade física do juiz - Ofensa - Inexistência - Nulidade - Inocorrência - Art. 132 do CPC - Inteligência - Demissão de servidor - Processo administrativo - Vícios - Ausência - Ato administrativo - Ação anulatória - Improcedência ..... 173

Alimentos - Execução - Débito - Pagamento - Extinção do processo - Art. 290 do CPC - Inaplicabilidade - Sentença sucinta - Relatório do Ministério Público - Ratificação - Nulidade - Ausência - Órgão ministerial - Conduta funcional contra direitos de incapazes - Inocorrência ..... 175

Falência - Títulos de crédito - Protesto - Pagamento parcial da dívida - Pedido de quebra - Requisitos - Presença - Novação - Inocorrência - Hipóteses do art. 4º da Lei de Falências - Inexistência - Procedência ..... 178

Desapropriação indireta - Imóvel em condomínio - Condôminos - Legitimidade ativa do condomínio - Adquirentes - Artigo 527 do Código Civil - Inteligência - Proprietários - Apossamento parcial - Falta de descrição perfeita dos imóveis - Carência - Inocorrência ..... 181

Taxa de esgoto - Lei municipal instituidora - Constitucionalidade - Preço público e taxa - Distinção - Meios próprios de custeio de serviços públicos - Lei





tributária produtora de efeitos concretos - Mandado de segurança - Inocorrência de violação a direito líquido e certo do contribuinte - Segurança denegada - Gerente da COPASA - Litisconsorte necessário - Legitimidade passiva *ad causam* - Pedido - Instrução com documentos necessários - Ausência - Providência tomada na fase do art. 284 do CPC - Inépcia da inicial - Inexistência ..... 184

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Crédito tributário não contencioso - Auto de infração - Impugnação - Indeferimento - Descabimento - Processo tributário administrativo - Direito líquido e certo do contribuinte - Ampla defesa - Art. 5º, LV, da CF - Inteligência ..... 190

Inventário - Casamento - Regime de bens - Irrevogabilidade - Comunhão parcial - Convenção - Ausência - Art. 258 do Código Civil - Aplicabilidade - Partilha - Nulidade - Pacto nupcial - Decretação de nulidade - Pedido originário - Instância recursal - Impossibilidade ..... 193

Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Mau funcionamento do serviço judiciário - Art. 37, § 6º, da CF - Aplicação - Prisão injusta - Dano material e moral - Nexo de causalidade - Indenização - Legitimidade passiva do Estado - Possibilidade jurídica do pedido - Inépcia da inicial - Ausência ..... 196

Responsabilidade civil do Estado - Danos a terceiro - Limitações para o trabalho - Ocorrência - Indenização - Artigo 37, § 6º, CR - Aplicabilidade - Danos estéticos e morais - Pequena monta - Redução - Lucros cessantes - Apuração - Liquidação por artigos ..... 199

Responsabilidade civil do município - Chuva torrencial - Escoamento da água - Não-realização - Enchente - Morte de particular por afogamento - Indenização - Dano moral - Fixação do *quantum* ..... 203

Guarda de menor - Requerimento pelo avô - Dificuldades financeiras dos pais - Situação peculiar - *Caput* e § 2º do art. 33 da Lei nº 8.069/90 - Inteligência ..... 211

Arrematação - Nulidade - Art. 686, V, do CPC - Argüição - Arrematante - Intervenção - Ministério Público - Desnecessidade - Causa - Parte - Empresa pública ..... 214

Alimentos - Pensão previdenciária - Falecimento do alimentante - Recebimento da pensão - Direito da mulher divorciada - Concorrência com a companheira - Possibilidade ..... 216

Indenização - Danos morais - Atos praticados por juiz estadual na função de juiz eleitoral - Ilegitimidade passiva do Estado ..... 218

Energia elétrica - Reajustamento tarifário - Período de congelamento de preços - Admissibilidade ..... 220

Divórcio direto - Uso do nome de casada - Distinção entre o nome da mulher e o dos filhos - Lei nº 8.408/92 e artigo 25, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.515/77 - Inteligência - Direito de personalidade ..... 222

Competência - Justiça do Trabalho - Ação de indenização por danos morais e materiais resultantes de relação trabalhista - Artigo 114 da Constituição Federal - Interpretação do STF ..... 224

Prenome - Pedido de cancelamento e alteração - Artigo 58 da Lei nº 6.015/73 - Inteligência ..... 226

Ilegitimidade de parte - Ex-cônjuge - Cláusula de acordo em separação judicial - Bens - Doação aos filhos - Modificação - Alienação dos bens doados - Pretensão - Direito alheio - Pleito - Impossibilidade - Art. 6º do CPC - Inteligência ..... 228

Mandado de segurança - Pessoa jurídica de direito público - Legitimidade para recorrer - Autoridade coatora - Prefeito municipal - Procurador - Indicação - Representação automática em Juízo - Inteligência do art. 12, inciso II, do CPC - Concessão de serviço público - Contrato celebrado na vigência da CF/88 - Licitação prévia - Ausência - Exploração do serviço - Continuidade - Impossibilidade ..... 229

Nota fiscal - Prazo de validade vencido - Multa - Art. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, e art. 302, II, do RICMS/MG - Inteligência - Cigarros - Mercadoria não identificável - Art. 305, II, do RICMS/MG - Inaplicabilidade ..... 234

Falência - Pedidos alternativos - Citação do réu para apresentar defesa ou para efetuar depósito elisivo - Inicial - Inépcia - Inocorrência - Princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual - Observância ..... 237

Responsabilidade objetiva - Artigo 37, § 6º, da CF - Acidente de trânsito - Buraco na pista - Indenização - Valores não impugnados - Agravo retido - Extinção do processo - Moeda não mais vigente - Denegação ..... 239

Separação judicial - Imóvel comum - Financiamento - Residência da varoa e filhos - Quitação - Extinção do condomínio - Alienação judicial - Possibilidade ..... 243





Guarda de menor - Modificação - Ausência de justa causa - Alimentos - Redução - Transferência de um dos filhos para a casa paterna - Impossibilidade ..... 246

Serventia extrajudicial - Cartório de notas - Serviço público - Sujeito passivo da obrigação tributária - Inexistência - Personalidade jurídica - Ausência - Cadastramento fiscal - Inexigibilidade ..... 248

Taxa de licença para localização e funcionamento e IPTU - Base de cálculo - Inexistência de identidade - Renovação - Efetivo exercício do poder de polícia - Necessidade ..... 250

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Transporte de mercadorias industrializadas destinadas ao exterior - Hipótese de não-incidência - Regulamentação legal - Ausência - Produtos industrializados - Circulação internacional - Operação una - Distinção pelo legislador - Inexistência - Sócios-gerentes - Propositura de embargos à execução - Legitimidade ativa *ad causam* - Art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF/88 - Inteligência ..... 254

Falência - Título líquido, certo e exigível - Pagamento parcial após o protesto, antes do pedido de quebra - Novação - *Animus novandi* - Inocorrência ..... 258

Falência - Título de crédito - Protesto - Devedor - Intimação - Irregularidade - Inocorrência - Artigo 10 da Lei de Falências - Inteligência - Divergência entre a sociedade requerida e a constante das cambiais sacadas e protestadas - Induzimento a erro ..... 260

Embargos de terceiro - Ex-cônjuge - Imóvel que lhe coube na separação - Natureza residencial - Dívida do ex-marido - Penhora - Posse - Defesa - Procedência - Sentença homologatória - Averbação - Ausência - Irrelevância - Legitimidade para propositura dos embargos ..... 263

Concurso público - Edital - Escolaridade exigida - Lei posterior modificativa - Procedimento ainda não finalizado - Inexistência de ofensa ao direito adquirido - Princípios da legalidade e da supremacia do interesse público - Prevalência ..... 265

Guarda de menor - Busca e apreensão - Filho adotivo - Pais - União estável - Separação - Critérios para a concessão da guarda - Interesse do menor - Artigo 227, § 6º, da CF - Inteligência - Direito de visitas ..... 271

Interdição - Perícia médica extrajudicial - Não-ofensa ao art. 1.183 do CPC -

Ministério Público - Primeira instância - Deficiências ocorridas - Prejuízo - Ausência - Segundo grau - Atuação - Suprimento ..... 275

Câmara municipal - Órgão do município - Capacidade processual - Inexistência - Exceção - Hipótese de defesa de suas prerrogativas institucionais ..... 277

Nome - Acréscimo - Sobrenome da mãe - Colocação após o nome do pai - Vedação legal - Inexistência - Admissibilidade ..... 279

Registro civil - Nascimento - Óbito - Emissão da primeira certidão - Gratuidade para todos - Arts. 5º, LXXVI, e 236 da CF - Inteligência - Lei nº 9.534/97 - Argüição de inconstitucionalidade - Eficácia até que seja suspensa pelo STF ..... 281

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Produtos derivados do petróleo - Substituição tributária - Transferência para outro Estado da Federação - Convênios - Aplicação - Legalidade - Constitucionalidade ..... 284

Concurso público - Exame psicotécnico - Caráter eliminatório - Perfil exigido - Fatores necessários - Especificação objetiva - Ausência - Art. 37 da Constituição Federal - Infringência ..... 286

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Quota de contribuição recolhida ao Instituto Brasileiro do Café - Abatimento - Possibilidade - Legitimidade de parte - Pedido juridicamente possível - Lógica dos argumentos - Inépcia da inicial - Ausência - Repetição de indébito - Juros de mora - Percentual - Marco inicial - Trânsito em julgado da sentença ..... 291

Negatória de paternidade - Estado das pessoas - Apreciação - Julgamento - Vara de Família - Juízo competente ..... 296

Adoção por estrangeiros - Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) - Laudo de habilitação - Indicação da criança - Expedição - Indeferimento por se tratar de "adoção dirigida"- Recursos - Falta de previsão legal - Ilegalidade - Ausência - Mandado de segurança - Impossibilidade - Denegação da segurança ..... 298

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Homicídio qualificado - Estado de necessidade - Evitabilidade da conduta - Excludente da ilicitude - Não-configuração - Libelo - Nulidade - Ausência - Júri - Soberania - Art. 5º, XXXVIII, *c*, da CF - Inteligência - Opção por uma das alternativas de convicção - Possibilidade - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Pena-base - Fixação dentro dos limites legais -





Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP - Desfavorecimento ao réu - Pena exacerbada - Inexistência ..... 304

Estelionato - Crimes de falso - Crimes em progressão - Princípio da consunção - Absorção pelo estelionato ..... 311

Tóxico - Tráfico - Dinheiro proveniente de venda de entorpecente - Confisco - Pena - Primariedade - Redução ..... 316

Prostituição - Favorecimento - Vítima corrompida - Vida desregrada - Irrelevância - Delito caracterizado ..... 318

Crime falimentar - Prescrição - Prazo - *Dies a quo* - Recebimento da denúncia - Interrupção ..... 320

Sonegação fiscal - Notas fiscais - Adulteração - Indícios do delito - Prova técnica - Inexistência - Materialidade do crime - Não-comprovação - Diretor ou sócio da empresa - Responsabilidade penal - Afastamento ..... 322

*Sursis* processual - Concurso material - Penas mínimas cominadas - Superioridade a 1 (um) ano - Impossibilidade - Porte de arma - Ausência de registro - Guarda em lugar de difícil acesso - Não-preparação para uso - Irrelevância - Configuração do delito na modalidade "ocultar" - Tóxico - Tráfico - Desclassificação para uso - Impossibilidade ..... 324

Menor - Ato infracional - Remissão - Não-oferecimento pelo Ministério Público - Aplicação pelo juiz - Extinção ou suspensão do processo - Arquivamento - Impossibilidade - Fato típico análogo - Inexistência - Responsabilidade do menor - Ausência - Absolvição ..... 328

Prostituição - Facilitação - Estabelecimento comercial - Mulheres - "Travestis" - Menores - Entrega ao comércio sexual - Permissão pelo comerciante - Art. 228, § 1º, do CP - Configuração - Menor - Cena pornográfica - Fotografação - Art. 241 do ECA - Incidência - Pena - Mínimo legal - Privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Substituição - Cabimento ..... 330

Homicídio - *Animus necandi* - Provocação da vítima - Legítima defesa - Excesso culposo na repulsa - Inexistência ..... 336

Crime contra os costumes - Palavra da vítima - Incongruência - Não-coadunação com os demais elementos do processo - Falta de possibilidade para a ocorrência do delito - Absolvição do réu ..... 338

Pena - Causas de diminuição - Homicídio privilegiado - Tentativa - Grau de redução - Independência ..... 340

Maus-tratos - Filho - Correção - Disciplina - Castigos corporais - Excesso - Imoderação do *animus corrigendi* - Morte - Art. 136, § 2º, do CP – Configuração ..... 343

Tóxico - Tráfico - Trazer consigo - Grande quantidade - Prisão em flagrante - Prova da comercialização - Desnecessidade - Crime hediondo - Pena - Privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Substituição - Impossibilidade - Lei nº 9.714/98 - Inaplicabilidade - Instrução criminal - Encerramento - Prazo - Excesso - Nulidade processual - Inocorrência - Recurso em liberdade - Inadmissibilidade - Lei nº 8.072/90 - Inteligência ..... 346

Processo - Juízo *ad quem* - Advento da Lei nº 9.714/98 - Pena privativa de liberdade - Pena restritiva de direitos - Substituição - Manifestação do Juízo *a quo* - Remessa dos autos à instância inferior - Lei posterior mais benéfica - Coisa julgada - Retroação ..... 350

Homicídio - Motivo fútil - Ciúmes - Inexistência - Qualificadora - Afastamento - Júri - Apelação - Fundamentação vinculada - Pronúncia - Libelo - Nulidade - Preclusão ..... 353

Estupro - Suspensão do processo - Lei nº 9.271/96 (art. 366, CPP) - Retroatividade - Impossibilidade - Palavra da vítima em consonância com as provas dos autos - Delito caracterizado - Autoria induvidosa ..... 356

Tóxico - Tráfico - Identidade física do juiz - Princípio não consagrado no direito processual penal - Confissão extrajudicial - Retratação em Juízo - Prevalência daquela em face do conjunto probatório - Associação - Art. 14 da Lei nº 6.368/76 - Inexistência de união permanente ou estável - Eventualidade - Concurso de agentes - Incidência da majorante do art. 18, III, da citada lei ..... 359

Tóxico - Tráfico - Estado de necessidade - Hipótese de exclusão de ilicitude - Regime prisional - Previsão em lei - Modificação - Impossibilidade - Apelação - Ministério Público - Tempestividade - Razões - Apresentação tardia - Irrelevância - Art. 601 do CPP - Inteligência ..... 364

Homicídio qualificado - Desclassificação para homicídio culposo - Veredicto conforme a prova dos autos - Decisão mantida ..... 367

Estupro - Tentativa - Art. 213 c/c art. 14, II, do CP - Procurador - Intimação pessoal - Necessidade - Ação penal pública incondicionada - Representação - Ministério Público - Legitimidade - Tóxico - Tráfico - Ausência de provas - *Sursis* - Crime hediondo - Concessão - Possibilidade ..... 370





Menor - Ato infracional - Medida socioeducativa - Internação - Maior de 21 anos - Aplicação - Impossibilidade - Art. 121, § 5º, do ECA - Vedação ..... 375

Pronúncia - Trânsito em julgado - Liberdade de preso legalmente custodiado - Erro material - Alteração *ex officio* - Possibilidade - *Habeas corpus* - Denegação da ordem ..... 379

Prisão civil - Alimentos - Revogação da custódia condicionada ao pagamento de seis prestações - Perda do caráter alimentar - Entendimento jurisprudencial - Adimplemento das últimas três parcelas - Restrição da medida compulsiva - *Habeas corpus* - Ordem parcialmente concedida ..... 382

Crime falimentar - Sociedade comercial - Gerentes - Diretores - Administradores - Ato criminoso - Irregularidade praticada por contador - Sócio ou diretor retirante - Responsabilidade penal - Denúncia - Requisitos do art. 41 do CPP - Presença - Inépcia - Inexistência - Trancamento da ação penal - *Habeas corpus* - Denegação da ordem ..... 384

Ação penal pública condicionada - Representação - Retratação anterior à denúncia - Fluição do prazo de decadência - Retratação da retratação - Inadmissibilidade - Condição de procedibilidade - Ausência - Trancamento da ação penal - *Habeas corpus* - Concessão da ordem ..... 388

Tóxico - Tráfico - Liberdade provisória - Impossibilidade - Lei nº 8.072/90 - Constitucionalidade - *Habeas corpus* - Material cognitivo - Exame aprofundado - Inadmissibilidade - Processo - Encerramento da instrução - Prazo - Formação da culpa - Excesso de prazo - Inocorrência - Constrangimento ilegal - Inexistência ..... 389

Flagrante - Prisão - Ilegalidade - Inocorrência - Relaxamento - Inadmissibilidade - Crime hediondo - Liberdade provisória - Insuscetibilidade - Art. 2º da Lei nº 8.072/90 - Inteligência - *Habeas corpus* - Exame aprofundado das provas - Impossibilidade ..... 392

Flagrante - Crime hediondo - Art. 302, I, II, III e IV, do CPP - Inocorrência - Prisão ilegal - *Habeas corpus* - Concessão - Co-réu - Auto de prisão em flagrante - Legalidade - Extensão do alvará de soltura - Impossibilidade ..... 396

Prisão albergue domiciliar - Réu condenado por tráfico de drogas - Cumprimento de pena em regime integralmente fechado - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Impossibilidade..... 399

Prefeito - Apropriação de verbas públicas (inciso I do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67) - Não-caracterização - Absolvição nos termos do artigo 386, VI,

do CPP - Auditoria particular - Impossibilidade - Contratações irregulares - Inobservância da lei (inciso XIII do artigo 1° do Decreto-lei n° 201/67) - Condenação - Extinção da punibilidade - Declaração de ofício ..... **403**

Prefeito - Crime de responsabilidade - Licitação para aquisição de bens públicos - Participação como licitante - Frustração do procedimento licitatório - Fato atípico - Utilização de bens do município - Evidência de interesse público e administrativo - Inexistência de crime - Despesas de "lua-de-mel" de amigo pessoal - Dispêndio com manutenção de veículo particular - Utilização de rendas públicas - Crime do art. 1°, II, do Dec.-lei n° 201/67 - Configuração - Delitos dos incisos I e II do art. 1° do Dec.-lei n° 201/67 e dos incisos III e V do mesmo dispositivo - Distinção - Aquisição de bens sem concorrência pública - Inciso XI do art. 1° do Dec.-lei n° 201/67 - Caracterização - Processo de competência originária - Prescrição da pretensão punitiva - Extinção da punibilidade..... **409**

Desmatamento - Destocamento - Corte de árvore - Floresta de preservação permanente - Inexistência de permissão da autoridade competente - Contravenção penal prevista no art. 26, *a* e *b*, do Código Florestal - Configuração - Levantamentos realizados pelos agentes do IEF - Prova técnica elaborada no inquérito - Art. 33 da Lei n° 4.771/65 - Art. 6°, VII, do CPP - Inteligência.... **423**

Prisão domiciliar - Cumprimento da pena - Pedido - Sentenciados com idade superior a 70 anos - Peculiaridade do caso - Exame diferenciado - Concessão ..... **427**

*Sursis* - Ministério Público - FAC (folha de antecedentes criminais) - Certidão criminal - Pedido de juntada - Indeferimento - Transcurso do prazo da suspensão condicional da pena - Extinção da punibilidade - Impossibilidade ..... **430**

Prisão domiciliar - Condenado - Regime prisional fechado - Doença grave - Inexistência - Concessão - Impossibilidade - Desvio de execução ..... **432**

Regime prisional - Regressão - Transferência de regime aberto para fechado - Admissibilidade - Art. 118 da Lei n° 7.210/84 - Inteligência ..... **434**

Regime prisional - Crime hediondo - Regime integralmente fechado - Progressão - Impossibilidade - Art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 - Art. 1°, § 7°, da Lei n° 9.455/97 - Inteligência ..... **436**

Livramento condicional - Condições legais impostas - Sentenciado - Não-cumprimento - Revogação - Art. 87 do CP - Aplicação - Princípio da fungibilidade





- Interposição de recurso em sentido estrito - Inexistência de erro grosseiro e má-fé do recorrente - Possibilidade - Recebimento como agravo ..... **441**

Tóxico - Regime prisional - Progressão - Possibilidade - Nulidade - Ausência de prejuízo - Inocorrência ..... **444**

Pronúncia - Homicídio doloso - Partícipe - Desclassificação para homicídio culposo - Inadmissibilidade - Co-autoria - Indícios - Inexistência - Impronúncia - Qualificadora - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Reconhecimento - Exclusão - Impossibilidade - Motivo torpe - Inocorrência - Afastamento ..... **446**

Pronúncia - Fato delituoso - Condutas dos acusados - Explicitação - Ausência - Libelo - Inviabilidade - Nulidade ..... **450**

Homicídio qualificado - Ciúmes - Vingança - Motivo torpe - Inexistência - Vítima atacada pelas costas - Surpresa - Ocorrência - Qualificadora - Prova da incidência - Pronúncia - Prisão em flagrante - Soltura determinada - Restauração - Impossibilidade..... **452**

Pronúncia - Autoria - Materialidade - Existência - Legítima defesa - Inexistência - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Desistência voluntária - Inocorrência - Homicídio doloso - Desclassificação para lesão corporal - Impossibilidade - Princípio *in dubio pro societate* - Prevalência ..... **456**

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Habeas corpus* - Advogado nomeado defensor - Cargo equivalente ao de Defensor Público - Intimação pessoal ..... **459**

Execução penal - Regime aberto - Casa de albergado - Inexistência - Prisão domiciliar - Admissibilidade - Hipóteses ..... **461**

Processual penal - Tribunal do Júri - Atuação de dois Promotores, um deles sem designação do Procurador-Geral de Justiça - Nulidade - Inexistência.. **463**

Recurso em mandado de segurança - Administrativo - Cartório - Vaga - Remoção - Escrivão mais antigo - Nulidade - Necessidade de concurso - Art. 236, § 3°, CF ..... **465**

Divórcio - Partilha de bens - Meação reivindicada pelo marido em bens havidos pela mulher após longa separação de fato ..... **467**

Processo civil - Princípio da identidade física do juiz - Transferência do juiz que colhera a prova - CPC, art. 132 - Precedentes - Doutrina - Recurso desacolhido ..... **470**

Alimentos - Avô - Impossibilidade de o menor receber alimentos do pai ..... 474

Recurso especial - Civil - Imóvel - Impenhorabilidade ..... 478

Processual civil - Procedimento monitório - Contrato de abertura de crédito - Viabilidade - "Prova escrita sem eficácia de título executivo" - Art. 1.102, *a*, CPC - Caracterização - Precedentes - Recurso provido ..... 480

*Habeas corpus* impetrado a favor de criança - Visita de pai à filha (regulamentação) - Constrangimento ilegal (inexistência) - Pedido (falta de cabimento) ..... 487

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Falência de sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Sócio quotista não solidário e que, desde 1977, não exerce função de gerência na sociedade - Prisão do art. 35 do Decreto-lei nº 7.661/45 - Não-cabimento - Ordem concedida ..... 492

## LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Decreto nº 3.112, de 06 de julho de 1999 ..... 499

Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999 ..... 505

Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 ..... 507

Lei nº 9.812, de 10 de agosto de 1999 ..... 512

Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999 ..... 513

Medida Provisória nº 1.906-9, de 24 de setembro de 1999 ..... 514

## ÍNDICES

Índice numérico ..... 517

Índice alfabético e remissivo ..... 521

Desembargador Rubens Eulálio de Souza

# Nota Biográfica (*)

## RUBENS EULÁLIO DE SOUZA
Desembargador

No dia 21 de dezembro de 1913, quando, nas igrejas seculares, se cantavam as antífonas do Advento, nascia no antigo e fascinante Arraial do Tijuco, já denominado Diamantina desde 1831, o menino Rubens.

Por ter nascido naquela cidade ímpar das Minas Gerais, o pequeno Rubens já trazia em sua personalidade, e evidenciaria depois, aquelas características outrora apontadas por Saint-Hilaire para os habitantes do Tijuco:

"*uma urbanidade sem afetação, o estilo da boa companhia, o gosto pela literatura, um amor mais vivo pela ilustração, uma caligrafia perfeita!*"

Filho do ilustre advogado Dr. Elysardo Eulálio de Souza e da Sra. Maria do Amparo Pereira de Souza, Rubens Eulálio brincou pelas ruas lajeadas de História de sua terra, recebeu os primeiros ensinamentos e teve moldada, em casa, sua educação básica. Depois, já adolescente, cursou o ginasial no Seminário diamantinense.

Sentindo o chamado da vocação jurídica, veio para Belo Horizonte, em 1938, carregado de cultura humanística, e ingressou na Faculdade de Direito da então UMG, onde se diplomou em 11 de dezembro de 1942. Enquanto aluno da Casa de Afonso Pena, trabalhou na Secretária da Agricultura, a fim de se sustentar na Capital, ajudando, assim, o pai, chefe de tradicional e bem situada, mas numerosa, família.

Com apenas sete meses de formado, já era Promotor de Justiça da sulina Comarca de Cabo Verde, tão distante de sua nortenha Diamantina. Exerceu ainda, com zelo e proficiência, os deveres do Ministério Público nas Comarcas de Muzambinho, Corinto e Serro, aproximando-se geograficamente de seu torrão natal.

De sua época de Promotor, vale aqui citar o depoimento do Desembargador Hélio Costa:

*"Conheci o Desembargador Rubens Eulálio de Souza, por volta dos anos 1944 e 1945, em uma viagem de estrada de ferro que teve duração de cerca de dezoito horas, quando ambos embarcamos em Belo Horizonte com destino a Diamantina, terra natal dele e ponto inicial de uma, naqueles tempos, difícil e perigosa viagem em carroceria de caminhão para a Cidade de Itamarandiba, que era o meu destino.*

*Rubens Eulálio era, então, Promotor de Justiça da Comarca de Cabo Verde, no sul de Minas, e em Itamarandiba eu iniciava a minha carreira na magistratura, e esta circunstância fez que a nossa conversação tivesse como mote as apreensões de que éramos presas nas carreiras que tinhamos abraçado cheios de esperanças, que são apanágio da mocidade.*

*Não me foi difícil advinhar que Rubens Eulálio tinha grande respeito e marcada admiração pelo saudoso Desembargador Geraldo Ribeiro do Vale, que era, naquela época, o Juiz de Direito da Comarca de Cabo Verde, o que se evidenciava pelo relato que fazia de sua atuação como magistrado, seja na busca constante de entesourar cultura jurídica, fosse no empenho de colocar a sua inteligência a serviço de sua tarefa de fazer justiça, ou fosse no seu relacionamento fidalgo com o pessoal do foro, com as autoridades locais e com todos os que dele se aproximavam, ou fosse na incansável operosidade com que desempenhava o seu ofício de Juiz.*

*Hoje, quando me pedem uma palavra sobre o saudoso colega e admirável amigo que foi o Desembargador Rubens Eulálio de Souza, o que me vem à mente é afirmar que ele, como aquele que lhe serviu de modelo e espelho, foi, como Promotor de Justiça ou Juiz, um dos mais dignos servidores do Judiciário, fazendo-se figura exemplar para os que querem acompanhar os seus passos, e lembrar que dele ouvi, naquela viagem nunca por mim esquecida, esplêndida aula de Deontologia Forense, de que me vali como luzeiro nos caminhos da minha carreira na magistratura. E, com esta afirmação e lembrança, desejo participar das homenagens que, com muita justiça, lhe prestam todos os que o conheceram e privaram de sua companhia e amizade".*

Com dez anos de formado, dono de grande experiência judiciária e de aprimorada cultura jurídica, entrou na nobre carreira da magistratura, com sua nomeação para Juiz de Direito de Palma, em 20 de janeiro de 1952.

Sua atuação de *bonus iudex* estendeu-se pelas Comarcas de Bonfim, Patos de Minas, Sete Lagoas, e, em 1965, chegava à Capital, para assumir, no





Fórum Lafayette, ainda na Rua Góias, a 1ª Vara Criminal. De sua atuação como Juiz no interior do Estado é marcante o depoimento do Desembargador Lúcio Urbano, que conheceu o Desembargador Rubens Eulálio na sua adorada Bonfim:

*"O saudoso Desembargador Rubens Eulálio de Souza é caracterizado como um Juiz sereno, austero, laborioso e firme em suas atitudes, conduzindo os processos com muita competência e segurança. Sua passagem pela Comarca de Bonfim é registrada com respeito e reverência.*

*Era magistrado humano, mas sem distribuir favores ao arrepio da lei.*

*Na área criminal, fixava as penas com exata dosimetria. Característica maior dele era a natural humildade, exercendo a judicatura sem arroubos.*

*Ameno de trato, era querido pelos colegas e pelos servidores.*

*Em alguns momentos, viveu horas difíceis, saindo bem de todas elas.*

*Muito respeitado e homem de exemplar caráter, sempre jovial, dotado de fina educação, enérgico quando necessário".*

Depois de dez anos de excelentes serviços prestados à primeira instância da Capital, foi, em 1976, merecidamente promovido para o Tribunal de Alçada e, em 1979, foi guindado ao posto mais alto da carreira da magistratura estadual: Desembargador do Tribunal de Justiça.

De sua atuação na segunda instância, fala o Desembargador Fernandes Filho:

*"Conheci Rubens Eulálio e com ele convivi. Perdão, com ele cresci, enriquecendo-me com a convivência. Simples, despretensioso, modesto, sobrava-lhe a retidão do caráter. Nunca o vi fraquejar. Dele se pode dizer que, fazendo uso do cajado, às vezes este vergava, a teor das provações. Mas jamais quebrava, rijo e vigoroso como o homem que o portava.*

*Após sua judicatura, com ele continuei convivendo, até o fim. E com ele aprendendo, até o fim.*

*Exemplo de varão - bom e reto -, Rubens Eulálio veio para ficar na minha memória".*

O Desembargador Rubens Eulálio de Souza foi casado, em primeiras núpcias, com a médica Dra. Nadyr Pinto Eulálio de Souza, profissional competente, com-

panheira dedicada e até sua auxiliar nas tarefas da judicatura, especialmente nos assuntos que se referiam às perícias médicas e à medicina legal.

Com a Dra. Nadyr, o Desembargador Rubens Eulálio teve seis filhos, que o casal procurou e conseguiu educar da melhor maneira possível.

São eles o engenheiro civil Paulo César Eulálio de Souza; a médica Márcia Pinto Eulálio de Souza; a pedagoga Beatriz Eulálio Caram Farah, funcionária concursada, servindo no Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça; o engenheiro elétrico Flávio Lúcio Eulálio de Souza; e os administradores Rubens Elyzardo Eulálio de Souza e Cláudio Eulálio de Souza.

Em 1979, sofreu profundamente a perda de sua esposa, com quem vivera 27 anos de felicidade.

Encontrou nos filhos, genro e demais parentes, nos colegas do Tribunal e no próprio trabalho o conforto necessário à continuação de sua vida.

Aposentou-se em 1984, com 49 anos de verdadeiro serviço público, e, em 1986, contraiu novas núpcias com a Sra. Yedda Albuquerque Santiago Eulálio de Souza, que foi sua dedicada companheira por dez anos.

Avesso à autopromoção, Rubens Eulálio nunca procurou glórias efêmeras ou títulos honoríficos. Mesmo assim recebeu diversas homenagens sinceras durante sua proveitosa vida. Entre os títulos recebidos, destacam-se a "Medalha de Honra da Inconfidência Mineira", concedida, em 1981, pelo Governo do Estado de Minas Gerais, por indicação do então Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Hélio Costa; e o "Colar do Mérito Judiciário", em 1983, a mais alta condecoração do Poder Judiciário do Estado, criada pelo Desembargador Reis Alves.

No dia 8 de junho de 1996, o Desembargador Rubens Eulálio de Souza, cercado do carinho de seus familiares e amigos, deixou este mundo terreno, mas continua sempre lembrado na perene "romaria do coração", no dizer do grande Ruy Barbosa.

-:::-

(*) *Biografia fornecida pela própria família do homenageado, da lavra do servidor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, Chefe de Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*



# Doutrina

## Sistemas Processuais Penais

*Cristiano Álvares Valladares do Lago* (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica. 2.1. Da Antigüidade à Idade Média. 2.1.1. Dos Primórdios da Civilização Humana. 2.1.2. O Direito Processual Penal da Grécia Antiga. 2.1.3. O Processo Penal em Roma. 2.1.4. O Processo Penal no Direito Germânico. 2.1.5. O Processo Penal no Direito Canônico. 2.2. Do Processo da Época Moderna. 2.2.1. Na França. 2.2.2. Na Alemanha. 2.2.3. Na Espanha. 2.2.4. Na Itália. 2.2.5. Na Inglaterra. 2.2.6. No Brasil. 3. Sistemas Processuais Penais: 3.1. Do Sistema Acusatório. 3.2. Do Sistema Inquisitório. 3.3. Do Sistema Misto. 4. Conformação do Sistema Acusatório com as Normas Processuais Penais Brasileiras: 4.1. Perante a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. 4.1.1. Iniciativa da Ação Penal. 4.1.2. Repartição das Funções do Processo. 4.1.3. Preservação da Imparcialidade do Juiz. 4.1.4. Observância ao Contraditório, Ampla Defesa, à Publicidade e Oralidade no Processo Penal. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo primordial apurar a efetiva conformação do sistema acusatório com o ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente no Brasil.

Para tal desiderato, haveremos de ingressar em verdadeira incursão pela evolução histórica do processo penal perante as civilizações ocidentais, observando o envolvimento dos povos mais desenvolvidos com a realidade social, política

(*) Pós-Graduado em Direito Privado pela UFF/RJ, Mestrando em Direito pela UGF/RJ, Professor da UFJF e Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais.

e econômica vivenciada desde os primórdios da civilização humana, passando pela Antigüidade, adentrando na Idade Média até chegar à Época Moderna, quando então poderemos observar as tendências processuais penais dos países de maior destaque na história da humanidade.

Identificados então os três sistemas processuais surgidos durante a história do homem ocidental, faremos análise individualizada do sistema acusatório, do inquisitório e do sistema misto, encontrando em cada qual suas peculiaridades vantajosas e prejudiciais ao ser humano e às sociedades que os adotaram no passado e os adotam no presente, vislumbrando então os pontos característicos de cada sistema, para possibilitar em fase posterior a perfeita avaliação da conformidade do processo penal brasileiro com o sistema acusatório eleito pela Constituição Federal de 1988.

Enfim, tomando por base o ordenamento constitucional vigente a partir da Carta Magna de 1988, bem como o Código de Processo Penal ora em vigência, passaremos à verificação da possível adequação do sistema processual acusatório eleito pelo contexto constitucional por princípios de natureza fundamentalmente garantistas, observando as contradições do ordenamento infraconstitucional que tornam inadmissível o exercício efetivo dos princípios e regras condizentes com o sistema acusatório propriamente dito.

Por derradeiro, haveremos de enunciar as conclusões deste trabalho, admitindo a existência de um sistema acusatório aparente, apenas formalmente acolhido pelo ordenamento processual penal, em face das inegáveis resistências de regras infraconstitucionais em lamentável e inoportuno contraste com a vontade e tendência acusatória do ordenamento constitucional.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O estudo do direito exige, sempre, para sua adequada compreensão, análise sistematizada dos fenômenos históricos que serviram para influenciar a evolução do tema em análise, pois, no dizer de Paulo Lúcio Nogueira[1]: "*A história tem grande influência na legislação de um povo, porque seus conceitos básicos evoluem com ela*", assinalando ainda Geraldo Prado[2] "*que o conhecimento do Direito seria impossível sem o conhecimento do lugar que ocupa no estudo da evolução jurídica*", valendo citar, ao ensejo, lição do mestre Miguel Reale[3]:

1 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*, Saraiva, 5ª. ed., p. 2, 1991.
2 PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, Lumen Juris, p. 71, 1999.
3 REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*, Saraiva, p.10, 1956.





*"É possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da atividade jurídica, de maneira que as necessárias estruturas e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do direito".*

Assim, para que possamos entender o real significado dos "Sistemas Processuais Penais" desenvolvidos pela civilização humana, indispensável se faz realizar-se, ainda que de forma perfunctória, esclarecedora incursão na evolução histórica das estruturas processuais utilizadas pela humanidade para resolução dos conflitos de interesses de natureza penal, considerando-se para tal a realidade social, política e econômica das civilizações ocidentais mais desenvolvidas dos respectivos períodos mais importantes da história da humanidade.

### 2.1 Da Antigüidade à Idade Média

2.1.1 Dos Primórdios da Civilização Humana

Nos primórdios da humanidade, os primeiros grupos, tribos ou clãs desconheciam métodos sistematizados de solução dos conflitos de interesses, resolvendo-os de acordo com os costumes, levando em conta as regras morais e principalmente as crendices religiosas que imperavam perante aquelas comunidades, prevalecendo sempre, entretanto, a vontade dos mais fortes em detrimento dos direitos dos mais fracos.

Nessa época, a reação punitiva era expressa de forma diferenciada, à medida em que o fato importasse em agressão perpetrada contra o grupo ou contra pessoa determinada, de acordo com a gravidade e ameaça do fato à sociedade ou apenas à vítima ou sua família, sendo que, uma vez ameaçada a paz ou integridade do grupo social, cabia punir o agente com vingança, pois acreditava-se que de outro modo a sociedade jamais voltaria a gozar de tranqüilidade. Mas, se a infração cometida não importasse um dano irreparável, se não atingisse as condições existenciais da sociedade, cabia ao agente tão-somente restabelecer o *status quo ante*, satisfazendo assim aos objetivos da sanção aplicada e aos anseios das pessoas particularmente atingidas.

Todavia, quando o ato danoso era praticado por integrante de outro grupo social, era tido como uma agressão perpetrada contra todo o grupo, importando em religiosa e obrigatória vingança, distribuindo-se no grupo social atingido o dever de vingança. Salienta Junito de Souza Brandão[4], examinando a mitologia gre-

4 BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*, Petrópolis, Vozes, p. 77, 1991.

ga, que, até a reforma jurídica de Drácon ou Sólon, famílias inteiras se exterminavam na Grécia, fato semelhante ao verificado entre os povos hindu e judeu.

Com a evolução das sociedades, aos poucos, foram-se aperfeiçoando as formas de resolução dos conflitos de interesses, restando sistematizadas regras procedimentais de implementação do direito, com base no conceito de dano, sem diferenciação de ilícitos civis ou penais, que posteriormente serviram de base para a organização política, social e jurídica das civilizações mais desenvolvidas da Antigüidade.

2.1.2 O Direito Processual Penal na Grécia Antiga

Em Atenas, fazia-se distinção entre os crimes privados e os públicos, sendo os primeiros aqueles que produziam danos de somenos importância - sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima -, enquanto que os segundos eram aqueles que atingiam a coletividade - sua punição não podia ficar à mercê do ofendido e sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos.

Delitos graves que atentavam contra o próprio Estado eram denunciados pelos Tesmotetas perante a Assembléia do Povo ou ante o Senado, estes que indicavam o acusador e o Arconte designava e compunha o tribunal popular para julgamento, perante o qual, no dia marcado, manifestava-se primeiramente o acusador, produzindo suas provas, depois falava a defesa, votando os juízes, sem deliberar, e a decisão era tomada por maioria de votos, sendo absolvido o acusado se houvesse empate. Os juízes colocavam-se na posição puramente passiva, como árbitros de uma luta leal entre as partes.

Em Atenas, os tribunais mais importantes foram: *Assembléia do Povo* - reunia-se para julgar crimes políticos graves, sem nenhuma garantia para o acusado; *Areópago* - competente para julgar crimes aos quais se cominava pena capital (homicídios premeditados, incêndios, etc.), reunia-se ao cair do sol, as partes não podiam afastar-se da matéria de fato e a votação era secreta; *Tribunal dos Afetas* - composto de 51 juízes, dentre os membros do Senado, para julgamento de homicídios não premeditados e não voluntários; e os *Tribunais dos Eliastas* (*Heliea*) - com jurisdição comum, que chegou a ser composto por até 6.000 juízes, em face da crença de que tantas cabeças asseguravam melhor justiça, sendo certo que a explicação para tantos juízes pode residir ainda no interesse pelo recebimento dos três óbolos que o Estado destinava a cada um dos juízes, por crimes que julgavam[5].

5 Cf.: RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, v. 1, p. 27, 1985; ROMEIRO, Jorge A. *Da Ação Penal*, RJ, 2ª ed., Forense, p. 25, 1978; MARICONDE, Vélez. *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Universidad de Córdoba, 1956; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 9ª ed., Saraiva, v. 1, p. 61, 1986; e MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, Atlas, p. 34, 1991.





Em termos gerais, pode-se dizer, portanto, que o processo penal na Grécia Antiga se caracterizava pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, pela oralidade e publicidade dos debates, consubstanciando-se em verdadeiro duelo entre as partes, sendo o juiz sujeito imparcial, sem ingerência direta nos debates e nas provas, configurando-se de forma predominante um sistema processual mais consonante com o Sistema Processual Penal Acusatório.

2.1.3 O Processo Penal em Roma

Em Roma, se distinguiam os *delicta publica* dos *delicta privata*, existindo portanto o Processo Penal Público e o Processo Penal Privado. No primeiro, o Estado atuava como sujeito de um poder público de repressão, incidindo sobre os crimes mais graves, que ameaçavam a segurança da própria comunidade, enquanto, no segundo, o Estado assumia o papel de mero árbitro, resolvendo conflitos de maior interesse para os particulares, solucionando litígios entre as partes, decidindo de acordo com as provas por elas apresentadas.

Conforme salienta Manzini, por efeito da tendência do Direito Penal Romano de tornar pública a ação penal em todos os casos, resultou no progressivo abandono do Processo Penal Privado, restando a persecução deste tipo reservada à injúria e a outros poucos crimes[6].

O Processo Penal Público, portanto, já no início da Monarquia, passou a ser adotado na quase totalidade dos litígios penais, sendo realizado em nome do Estado Romano, deixando ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades e até mesmo sem partes, consubstanciando-se então no processo denominado *cognitio*, baseado na *inquisitio* - fase preliminar em que o magistrado, mediante mera *notitia criminis*, colocava-se a investigar de ofício a suspeita noticiada[7].

Como medida de moderação aos arbítrios dos juízes, surgiu a *provocatio ad populum*, concedida pela *Lex Valeria de Provocatione*, que consistia na faculdade de apelação do acusado ao povo - *provocatio*, com efeito suspensivo, contra a sentença do magistrado, instaurando-se novo procedimento, de segundo grau -, *anquisitio*, no qual o próprio juiz, quase na posição de acusado (apesar de presidente do comício), devia apresentar ao povo elementos necessários a sustentar a sua própria sentença e embasar nova condenação, agora perante comícios ou Assembléias do Povo[8]. Toda-

6 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, p. 3-4.
7 TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*, SP, Bushatsky, p. 31, 1976.
8 ABREU, Florêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. 5, p. 164 e s., *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, ob. cit., p. 62.

via, conforme salienta Tourinho Filho[9], pouco adiantava a *provocatio ad populum*, pois somente os civis *romanus* podiam fazer uso de tal remédio, revelando-se, já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade[10].

Ainda na República, praticou-se a denominada Justiça Centurial, em que as *centurias*, integradas por patrícios e plebeus, administraram a justiça penal em um procedimento oral e público, realizando-se excepcionalmente os julgamentos pelo Senado, que podia delegar aos *questores*[11].

No último século da República, surgiu nova forma de procedimento, denominada *accusatio*, também designada *judicium publicum* ou *quaestio*[12], através do qual qualquer cidadão tinha o direito de acusar (exceto os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade[13]), ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular, inicialmente composto por senadores e, depois, por cidadãos, tendo tal procedimento o pressuposto básico de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, predominando o contraditório, observando-se a publicidade e a oralidade nos julgamentos, tendo as partes, via de regra, disponibilidade sobre o conteúdo do processo, competindo ao Estado somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*.

A despeito de ter a *accusatio* contribuído para que o Direito Penal Romano pudesse ostentar maior consistência e autonomia, possibilitando inclusive ao Direito Processual Penal dotar-se de sistema procedimental mais homogêneo, formado então por regras efetivamente procedimentais, certo se faz que, com o passar dos tempos, alguns inconvenientes decorrentes da própria fragilidade humana foram tornando inoperante o sistema de acusação popular, consubstanciando-se na impunidade devido à indiferença, descaso, acomodação ou até mesmo receio dos cidadãos de se vincularem às *quaestiones* das quais não se poderiam desvincular antes do julgamento final, ficando sempre o acusador - *quaesitor* - sujeito ao risco de ser punido posteriormente por tergiversação ou por calúnia, restando enfim agravado o declínio do *judicium publicum* quando do deslocamento da fonte da soberania da cidadania para o Imperador, momento em que, sob a égide do Império, o próprio Estado passou a desempenhar, por agentes públicos, o papel de acusação, com o intuito de assegurar o poder do Estado e possibilitar enfim a efetiva garantia da ordem pública.

9 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 63.
10 PRADO, Geraldo. Ob. cit., p. 81.
11 RUBIANES, Carlos J. Ob. cit., p. 11.
12 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 45, 1989.
13 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 63.





Dessa forma, ao tempo do Império, a *accusatio* foi pouco a pouco sendo substituída por outra forma de procedimento, denominada *cognitio extra ordinem*, ficando o processo penal extraordinário a cargo, no início, do Senado, depois do Imperador e, finalmente, outorgado ao *praefectus urbi*, até que os magistrados foram ampliando cada vez mais sua esfera de atribuições, usurpando aquelas que antes eram reservadas aos particulares, chegando então ao extremo, como diz Manzini[14], de se reunirem em um mesmo órgão do Estado funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz, pois eram conferidos ao magistrado não somente poderes para julgar a causa, como também para investigar, recolher provas, além de presidir o processo, podendo valer-se inclusive da tortura, plantando-se, enfim, sob o manto do Império Romano, a semente da Inquisição, que mais tarde viria a dominar a Europa Ocidental[15].

2.1.4 Do Processo Penal no Direito Germânico

Com a invasão dos bárbaros (alanos, vândalos, suevos e godos) em grande parte da Europa Ocidental, aos poucos o procedimento da *cognitio extra ordinem*, predominante sobretudo nas civilizações dominadas pela influência do Império Romano, foi cedendo lugar ao Processo Acusatório Germânico, restando entretanto vestígios da influência do Direito Romano, com verdadeira absorção recíproca dos ordenamentos respectivamente adotados.

Em princípio, a justiça era administrada por uma Assembléia, presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde. O ônus da prova incumbia ao réu, que devia demonstrar sua inocência, sob pena de ser condenado. As principais provas eram os Ordálios e os Juízos de Deus.

Nos Ordálios, o réu jurava inocência, ao amparo e com abono dos juízes, acreditando-se então que Deus, conhecendo o passado, podia castigar aquele que jurava falsamente.

Os Juízos de Deus, em verdade, não eram propriamente uma prova, mas, segundo Manzini[16], uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia. Como Juízo de Deus, realizava-se o "duelo judicial", conforme as pessoas, e, se o réu vencesse, era absolvido. Ficaram famosas as modalidades de realização de Juízos de Deus conhecidas como *purgationes vulgares*, através das quais os réus eram submetidos a provas de inocência perante Deus; vencendo, eram absolvidos, tal

14 MANZINI, Vicenzo. Ob. cit., p. 7.
15 MAIER, Julio B. J. Ob. cit., p. 51.
16 MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1951.

como nos casos das provas da "água fria" (acusados eram arremessados à água fria, se submergissem eram inocentes, se permanecessem à superfície, eram culpados), da "água fervendo" (o réu deveria colocar o braço na água fervendo, se não sofresse lesão era inocente), ou do "ferro em brasa" (o acusado deveria segurar por algum tempo um ferro em brasa, se não se queimasse era inocente).

Tais costumes, com a dominação dos povos germânicos sobre Roma, foram levados para as civilizações sob o Império Romano, surgindo assim verdadeiro processo misto, formado de elementos germânicos e romanos.

Direito Processual Germânico não distinguia nitidamente entre ilícitos civis e penais, absorvendo o direito civil as infrações que diziam respeito diretamente aos interesses privados, evoluindo e consubstanciando-se de forma peculiar a disciplina subjetiva das provas e da iniciativa privativa da vítima ou de seus familiares, ficando nas mãos destes a persecução penal - *nemo iudex sine actore* (*Sippe*)[17], predominando o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal, começando ante ao fracasso da composição direta entre as partes, formalizando-se então reclamação do ofendido ou de seus familiares perante tribunais (*Hundertschaft*), compostos por pessoas capazes para a guerra (*Thing*), realizando-se sessões públicas, orais e contraditórias, presididas por um juiz, o qual dirigia o debate e propunha a sentença, mas não decidia[18], predominando, então, nesta fase inicial de influência sobre a Europa Ocidental, o Sistema Acusatório.

2.1.5 O Processo Penal do Direito Canônico

Em primeiro momento, surgiu a "Jurisdição Eclesiástica" (a princípio para julgamento dos membros da Igreja), ao que se sabe, perante as legislações laicas, no período inicial da Idade Média, a partir da criação de pequenas comunidades - feudos -, que aos poucos se foram fortalecendo de forma autônoma perante as monarquias, cedendo lugar à dominação do poder da Igreja, notadamente por distribuída de forma eficiente nos mais diversos territórios, comandada por um poder centralizado bem organizado, que entretanto via no crime não só uma questão de interesse privado, mas principalmente um problema de salvação da alma, invocando o poder punitivo como forma de expiação das culpas, assumindo a Igreja a função de investigar as infrações e julgar os infratores, instalando-se aos poucos as regras processuais de natureza inquisitória, sob o pretexto de realização da

17 MAIER, Julio B. J. *La Ordenanza Procesal Penal Alemana: Su Comentario y Comparación com los Sistemas de Enjuiciamiento Argentinos.* Buenos Aires, Depalma. p. 24, 1978. *Apud* PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 85.

18 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal,* SP, Saraiva, v. 2, p. 66, 1987.





justiça divina, visando de outra forma ao fortalecimento do poder do Papado, encontrando amparo posterior da Monarquia, que restou fortalecida com o apoio da Igreja, sob o domínio do Direito Canônico.

Destarte, conforme nos ensina Tourinho Filho[19], em verdade, até o século XII, o processo era do tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas.

Todavia, do século XIII em diante, o sistema acusatório passou a ser desprezado pelo Direito Canônico, estabelecendo-se o Sistema Processual Inquisitivo, e isto em decorrência da indisciplina de parte do clero e da corrupção, que confrontavam o poder do Papa, abolindo-se portanto as regras do sistema acusatório, desprezando a necessidade de acusação, deixando de observar o contraditório, a oralidade, instituindo a iniciativa *ex officio* da acusação, não se dando nenhum direito de defesa aos acusados, estes que passaram a ser vistos meramente como objetos do processo, imperando no mais das vezes a tortura, como forma de obtenção da confissão, esta considerada a maior das provas.

Sob a égide do Direito Canônico foi criado o Santo Ofício, Tribunal da Inquisição, instituído para reprimir o sortilégio, a heresia etc., conhecido pela sua arbitrariedade, desrespeito aos direitos humanos, ficando por isso por demais temido por toda a comunidade européia da época.

A despeito de se enxergar a Inquisição como forma procedimental altamente desrespeitosa aos direitos do ser humano, merece ser analisada à luz do contexto social, político e econômico em que foi criada, de forma a que se possa compreender a sua importância na evolução histórica da humanidade, valendo citar a respeito a sublime lição de João Bernardino Gonzada, em sua obra *A Inquisição em seu Mundo, ex vi*:

*"As censuras apresentadas contra a Inquisição foram, invariável e incansavelmente, em torno das idéias de intolerância, prepotência, crueldade; mas, ao assim descrevê-la, os críticos abstraem, ou referem muito de leve, o ambiente em que ela viveu. Forçam por tratá-la quase como um acontecimento isolado e, medida pelos padrões da atualidade, se torna incompreensível e repulsiva para o espectador de hoje. Sucede porém que esse fenômeno foi produto de sua época, inserido num clima religioso e em certas condições de vida, submetido à força dos costumes e de toda uma formação cultural e mental, fatores que forçosamente tiveram de moldar o seu comportamento"*[20].

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 66.

20 GONZADA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*, p. 21, 8ª ed., SP, Saraiva, 1994.

Destarte, o Sistema Inquisitivo, estabelecido pelo Direito Canônico, aos poucos, dominou grande parte da Europa, principalmente perante as legislações laicas da Europa Ocidental, predominando durante grande parte da Idade Média, influenciando com suas características a formação do Direito Processual Penal da Época Moderna, existindo civilizações/países que até hoje adotam regras procedimentais oriundas do Sistema Processual Inquisitório.

## 2.2 O Processo Penal da Época Moderna

### 2.2.1 Na França

Sob a inspiração do Iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, notadamente após a Revolução Francesa de 1789, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, diminuindo-se as características inquisitoriais dos procedimentos processuais penais adotados, sobretudo na França, onde eclodiram as idéias humanistas apregoadas pelo "Movimento Científico", principalmente, à vista dos ideais filosóficos e sociais defendidos por Marques de Beccaria (*Dei Delitti e Delle Pene, 1764),* Montesquieu (*L'Esprit de Lois*, 1748), Voltaire (*Prix de la Justice et de L'Humanité,* 1777), Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780), Rosseau (*Contrato Social*, 1764), dentre outros, célebres filósofos e cientistas sociais, que contribuíram com suas obras inesquecíveis para a humanização do Direito Penal e Processual Penal.

De efeito, à época da edição do Código de Napoleão - *Code d'Instruction Criminelle* (1808) -, como forma de aplainar as arbitrariedades e desumanidades do Sistema Inquisitorial até então adotado, entrou em vigor na França uma estrutura processual do tipo misto - inquisitivo e acusatório -, reforçada com o *Code de Procédure Pénale* (1959), realizando-se o processo em três fases: a da polícia judiciária, a da instrução e a do julgamento. Os princípios do sistema inquisitivo eram aplicados na fase de instrução preparatória, em que o magistrado desenvolvia, por escrito, secretamente, sem contraditório e sem defesa, as investigações processuais. Na fase de julgamento, o processo assumia princípios e regras do sistema acusatório, primando pela oralidade, publicidade e contraditório.

O sistema misto fez-se aplicado até que surgiu a Lei Constans, de 1897, abolindo o caráter inquisitivo da instrução, deixando esta de ser secreta para ser contraditória. Em 1930, novas modificações surgiram na França, quando, por volta de 1933, se operou o retorno ao sistema misto, restaurando-se o caráter inquisitivo da instrução criminal, que é aplicado até hoje no Processo Penal Francês[21].

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 71.





### 2.2.2 Na Alemanha

Sofrendo as influências do "Movimento Científico", como resultado dos ideais humanísticos do Iluminismo, na Alemanha fez-se introduzida em 1848 a "Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão", optando decisivamente pela publicidade e oralidade do processo penal, acolhendo o julgamento popular, condicionando a atividade jurisdicional à iniciativa dos interessados (apesar de exercida a acusação por um agente do governo), descentralizando as funções principais do processo, dividindo a acusação, defesa e julgamento entre agentes diversos, com respectiva atuação específica dentro do mundo processual.

Previsto um procedimento preparatório, dirigido pelo Ministério Público, de natureza essencialmente secreta, com limitada participação do acusado, sem descuidar de seus direitos fundamentais, uma vez terminado, podia ser arquivado ou oferecida acusação, a partir de quando se iniciava uma fase intermediária, destinada a apurar existência de fundamento fático mínimo para a acusação, esta que, quando admitida pelo tribunal, propiciava o desenrolar da terceira fase, pertinente ao procedimento principal, no qual se acentuavam as características de divisão de funções (acusador, defensor e juiz), oralidade e publicidade, ficando todavia o tribunal livre para obter todos os meios de prova que considerasse necessários, não podendo entretanto o tribunal proceder de ofício quanto ao início do procedimento ou aos limites da acusação.

Apesar de adotadas características marcantes do sistema acusatório, ressalta Colomer que, na medida em que é o próprio Estado quem inicia a persecução penal em juízo, por intermédio do Ministério Público, e a soluciona, por meio de sentença proferida pelo juiz, dependendo a relação jurídica processual, via de regra, da oficialidade da ação penal, tal estado de coisas é inerente ao reconhecimento da prevalência do interesse público na tutela penal dos bens jurídicos, com a usurpação, pelo Estado, do papel de protagonista que a vítima desempenha nos sistemas acusatórios puros ou genuínos[22].

### 2.2.3 Na Espanha

Conforme assevera João Bernardino, a extinção da Inquisição, na Espanha, somente se deu em 1834, com a alteração da competência e efeitos da jurisdição eclesiástica, pois, até então, a justiça penal espanhola sofria ainda as influências do tribunal religioso denominado Santo Ofício, tido como o mais cruel e violento

22 GOMES COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Aleman: Introcucción y Normas Básicas*, Barcelona, Bosch, p. 46, 1985, *apud* PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 105.

da época da Inquisição, sendo certo que, em 1908, se reorganizou a instituição sob a denominação de Sagrada Congregação do Santo Ofício, passando a chamar-se, a partir de 1965, de Congregação para a Doutrina da Fé, naturalmente com novos procedimentos e competência limitada a assuntos religiosos[23].

O sistema da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882) dispõe que, ao lado de uma primeira fase, de investigação, denominada sumário, escrita e secreta, conduzida pelo juiz da instrução, com reduzida intervenção da defesa, existe também, após ultrapassada fase intermediária de aceitação da acusação, uma fase final de instrução, em que se desenvolve o juízo propriamente dito, no qual se exige a acusação - *nemo iudex sine actore* -, prestigiando-se a oralidade, a publicidade e o contraditório (artigos 744 e 680 da LEC), instituindo-se então, no dizer de Emilio Gomez Orbaneja e Vicente Herce Quemada[24], uma estrutura processual "acusatória formal", ou "mista", sobre a qual vale destacar importante observação de Navarrete:

*"La prevalente prática del sistema inquisitivo justificó históricamente la urgente necesidad de neutralizar sus consecuencias perversas, evidenciadas a partir de la labor de los revolucionarios franceses. Surge así la 'tercera vía', que, sin ser inquisitiva ni acusatoria, es, en cambio, los dos modelos a la vez. Se trata del modelo misto o acusatorio formal, que se caracteriza porque recoge, como no podía ser menos, elementos técnicos del inquisitivo e del acusatorio como indudable prevalencia hacia este último en la fase más importante de esse modelo: el judicio"*[25].

O mesmo Navarrete, entretanto, ressalta a incongruência da estrutura acusatória formal ou mista em vigor na Espanha, notadamente pela impossibilidade de se conciliarem tecnicamente duas fases inspiradas em princípios opostos, quais sejam, o inquisitivo e o contraditório, ressaltando o doutrinador espanhol a necessidade de imediata redefinição do modelo processual adotado, dando preponderância ao sistema acusatório, já observado na fase principal - em juízo -, a não ser que a legislação espanhola queira compactuar com a "Teoria da Aparência Acusatória", pela qual o sistema acusatório está condicionado em seus resultados pela atividade inquisitória anterior[26].

23 GONZADA, João Bernardino, *op. cit.*, p. 238, *apud* PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 92.
24 ORBANEJA, Emilio Gomez e QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., p. 91, Madrid, 1968.
25 NAVARRETE, Antonio María Lorca. *El Proceso Penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una propuesta para preterir el modelo inquisitivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Dykinson, p. 30, 1997.
26 *Idem*, p. 37 e 57.





Todavia, conforme ressalta Luiz Flávio Gomes[27], a justiça penal espanhola foi recentemente reformada pela "Ley Orgánica 7/1988". Foi decisiva para essa modificação a Sentença do Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julho do mesmo ano, que julgou inconstitucional o dispositivo que permitia ao juiz que presidira o inquérito (investigação) sentenciar o mesmo caso (tudo isso foi feito em nome da imparcialidade do juiz).

Destarte, verificamos, sobretudo pela existência dos denominados *Juzgados de Instrucción* (nos quais os juízes exercem funções jurisdicionais e investigatórias), que o processo penal espanhol, de fato, adota, ainda hoje, o Sistema Processual Penal Misto, ou Acusatório Formal.

2.2.4 Na Itália

Já no século XX, o Código Rocco, de 1930, apesar de manter intacta a sua conotação inquisitória herdada do *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, se inspirou em uma visão mais garantidora, fazendo inserções no sistema processual penal italiano incentivadoras de um movimento garantista que, após longa e sofrida luta em prol da preservação das garantias fundamentais (bastante afetadas por um sistema misto, com preponderância do inquisitório), conseguiu produzir uma nova ordem jurídica, afastando o juiz da fase preparatória, entregando-a à coordenação do Ministério Público e da Polícia, e retirando das investigações preliminares a condição de, por si sós, autorizarem a formação de um juízo condenatório, passando a imperar, portanto, o respeito ao contraditório, preservando a imparcialidade do juiz, em maior consonância com os princípios do sistema acusatório.

Após mencionado movimento renovador da justiça italiana, o processo penal propriamente dito, em regra, passou a ser realizado mediante duas fases: da audiência preliminar e do julgamento, conferindo-se a iniciativa das provas às partes, e excepcionalmente ao tribunal, vedada esta entretanto à fase anterior à audiência preliminar, colocando o juiz no papel de passivo espectador da disputa processual travada entre as partes, impondo significativo abrandamento ao princípio da busca da verdade real, sem, todavia, reservar ao magistrado posição de completa passividade, implementando-se enfim medidas garantidoras dos direitos fundamentais do homem, em consonância com os princípios basilares do sistema acusatório.

Destarte, há de se observar que existem na Itália ainda dispositivos legais

27 GOMES, Luiz Flávio. "Notas sobre a Justiça Penal Espanhola", *Revista dos Tribunais*, v. 676, p. 393.

que deixam de observar a garantia dos direitos fundamentais conquistada a duras penas pelos movimentos renovadores da justiça italiana, a exemplo da Lei 356/92, que possibilita a produção de provas durante o julgamento sem a devida observância ao contraditório, à oralidade e à publicidade, consubstanciando-se atualmente na legislação italiana, em verdade, o que a doutrina tem denominado de *"Accusatório Non Garantido"*, pois, ao mesmo tempo em que se baseia todo o sistema processual na imparcialidade do juiz e assunção da prova no contraditório, vê-se preservado efetivamente no ordenamento processual apenas o primeiro elemento, ficando mitigada assim toda a esperança de adoção do "Sistema Acusatório Garantido"[28].

2.2.5 Na Inglaterra

A partir do século XII, a Inglaterra passou a adotar o sistema jurídico conhecido como *Common Law*, tomando os costumes como a fonte única ou mais importante do direito, como fundamento básico da jurisdição real[29].

Esta forma peculiar do exercício de jurisdição, por certo, afastou o direito inglês do modelo romano-germânico, que então vigorara no resto da Europa, possibilitando a introdução na Inglaterra de um mecanismo de recursos a precedentes (*cases*), condensados no *Years Books*, que serviram de base para o desenrolar dos julgamentos, sempre em consonância com os costumes adotados nas decisões[30].

Já no século XV, o *Common Law* cede lugar às designadas jurisdições de eqüidade (*equity*), que aplicavam um processo escrito mais inspirado no procedimento do Direito Canônico. Entretanto, por volta do século XVII, a *equity* se integrou à *Common Law*, admitindo-se uma dualidade jurisdicional, fundida posteriormente, por volta de 1873 a 1875, já na Idade Contemporânea[31].

Destaca-se quanto ao Processo Penal a figura do Júri, que havia substituído os Juízos de Deus no século III, e assumia relevante papel a partir do século XII, notadamente com a instituição do *Grand Jury*, composto por vinte e três jurados de cada condado, competente para denunciar os crimes mais graves aos juízes (Júri de Acusação), e do *Petty Jury*, composto de doze jurados, competente para ocupar-se das provas, reformando-se este último, por volta dos séculos XV e XVI, para tornar-se uma instituição de julgamento, confiando a acusação a qualquer habitante do Reino, configurando-se então a denominada Ação Penal Popular, com a manifesta imparcialidade do Júri, consubstanciando-se num sistema processual tipicamente acusatório, que persiste até hoje[32].

28 PERCHINUNNO, Vicenzo. *Percosi di Procedura Penale: Dal garantismo inquisitório a un accusatório non garantito*, Milano, Giuffrè, 1996.
29 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 2, p. 70, SP, Saraiva, 1977.
30. GILISSEN, *John. Introdução Histórica ao Direito.* Lisboa. Calouste Gulbenkian, 1999.
31 CERQUEIRA, *Marcello. A Constituição na História: Origem e Reforma*, RJ, Revan, p. 31, 1993.





De efeito, conforme noticia Jorge Alberto Romeiro[33], na Inglaterra, sempre imperou um modelo processual penal baseado na ação penal popular, muito embora, em tempos recentes, se conheça a figura do público acusador (*director of public prosecution*), sob a vigilância do procurador-geral (*attorney general*), ressaltando entretanto Fauzi Hassan Chouke[34] que *"a figura do attorney general que lá existe tem funções de auxiliar do governo, e sua origem nada apresenta de comum com aquela do Promotor Público"*, não havendo dúvidas, portanto, sobre a adoção do sistema tipicamente acusatório no processo anglo-saxão.

Destarte, há de se ressaltar que em 1879 foi criada a figura do *Office of Director of Public Prosecution*, encarregado de deduzir ação penal, sem exclusividade, em um número bastante limitado de casos; estes somente quando considerados de extrema gravidade, diferente portanto do Ministério Público que conhecemos, o que reforça a concepção de predominância da ação popular no direito inglês.

Enfim, a predominância do sistema de acusação privada, deflagrada por qualquer do povo e julgada, a rigor, pelo Júri, imparcial e inerte, com entrega a sujeitos processuais distintos das diferentes atividades da relação processual (acusação, defesa e julgamento), assegurando-se sempre a igualdade de tratamento às partes, o contraditório, a publicidade e a oralidade, sem se desprezarem os aspectos atinentes à disponibilidade da ação penal, nos autoriza a dizer que o sistema inglês, em verdade, é aquele que mais se aproxima do Sistema Acusatório Puro ou Genuíno, que outrora se fez idealizado pelo Direito Romano da Antigüidade.

2.2.6 No Brasil

Conforme anota Frederico Marques[35], pouco antes da descoberta do Brasil, em Portugal, restaram finalmente compiladas as Leis do Reino, em nome de Afonso V, instituindo-se, então, no ano de 1446, as *Ordenações Afonsinas*, através das quais, em seu Livro V, vinha regulado o Direito Processual Penal, com influência marcante do Direito Canônico e de seu procedimento inquisitorial.

No reinado de D. Manuel, o Venturoso, em 1521, nova codificação se fez instituída, com o nome de *Ordenações Manuelinas*, permanecendo entretanto a

32 GRAU, *Joan Vergé. La Defensa Del Imputado y el Principio Acusatorio*, p. 21, Barcelona, Bosch, 1994.
33 ROMEIRO, *Jorge Alberto. Da Ação Penal*, p. 65, RJ, Forense, 1978.
34 CHOUKE, *Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, SP, RT, p. 50, 1995.
35 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual Penal*, v. 1, p. 94, Bookseller, 1ª ed., SP, 1997.

mesma influência do direito canônico e de seu respectivo procedimento inquisitorial quanto ao processo penal.

Em 1603, sob o reinado de Filipe II, foram promulgadas as *Ordenações Filipinas*, estas que se fizeram revalidadas em 1643 pelo rei D. João IV, pelas quais, entretanto, se fez repetido o que se continha nas Ordenações anteriores a respeito do direito processual penal, vigorando tais regras, inclusive no Brasil, até a promulgação, em 1832, do Código de Processo Criminal do Império.

Sob a vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, imperaram sempre as regras consonantes com o sistema inquisitorial oriundo do direito canônico, sendo certo que, quando da descoberta do Brasil, os processos criminais se iniciavam por simples "clamores", mas pouco depois passou a se exigirem as "denúncias", estas feitas nos casos de "devassas", através das quais os juízes competentes faziam inquirições para informação dos delitos, propiciando colheita de provas para ensejar acusação e possibilitar respectivo processo e julgamento.

Reinava o sistema de prova legal, devendo o juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Entretanto, os tormentos eram admitidos como meios de prova, consubstanciando-se então nas arbitrariedades com aplicação de verdadeiros expedientes de tortura, com a prática de atos desumanos e bárbaros contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos (Título 134, parágrafo 3°, Livro V das Ordenações Filipinas).

Com o advento da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, as cortes portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que invadiu a Europa, extinguem as devassas (Lei de 12 de novembro de 1821), enquanto, no Brasil, em 1822, D. Pedro determina, por Aviso de 28 de agosto de 1822, que os juízes criminais observem o que se contém na Constituição da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821, assegurando, por conseqüência, aos acusados algumas das garantias fundamentais exigidas pela proclamação dos Direitos do Homem.

Em 25 de março de 1824 restou promulgada a Constituição Política do Império, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal mais condizente com os princípios mais liberais do século XIX, editando-se em 29 de novembro de 1832 o *Código de Processo Criminal*, que, no dizer de Frederico Marques: "*constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação*".[36]

36 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 100.





Instaurava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido/representante legal, ou por denúncia do Ministério Público ou de qualquer do povo e, ainda, mediante atuação *ex officio* do juiz, instituindo-se, ainda, o grande e o pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação, e o segundo, sobre a procedência desta, pelo que este era chamado de Júri de Sentença, ficando entretanto excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri[37].

Promulgada a Constituição de 1891, já proclamada a República, os Estados passaram a ter suas próprias Constituições, facultando-se-lhes legislar inclusive sobre processo, sendo certo entretanto que poucos foram os Estados que assim o fizeram, continuando a ser respeitadas as Leis Federais, principalmente o Código de Processo Criminal do Império, com algumas alterações que lhe deu a Lei n° 261, de 03 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto n° 120, de 31 de dezembro de 1842, posteriormente alterada pela Lei n° 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada em seguida pelo Decreto n° 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, com as alterações introduzidas pelo artigo 407 do Código Penal de 1890.

A Constituição de 1934 restaurou a unidade legislativa processual da União, o que se fez ratificado pela Constituição de 1937, providenciando-se em seguida a promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto-lei n° 3.689, de 30 de outubro de 1941), bem como da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-lei n° 3.931, de 11 de dezembro de 1941), esta destinada a adaptar a nova legislação aos processos pendentes. O novo Código manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império, mas estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para as contravenções, restando por restringir, ainda mais, a competência do Júri, traçando enfim todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório, a despeito de conviver com procedimentos especiais sob o império do processo inquisitivo e sem garantias para os acusados, a exemplo do que se fazia no Tribunal de Segurança (Lei n° 244/36), ao amparo da Constituição Federal de 1937[38].

Ainda sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941, as Constituições Federais que se seguiram mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados aos litigantes de processos penais, restando ampliadas tais garantias pela Carta Magna de 1988, notadamente pelo que dispõe em seu artigo 5°, incisos

37 MIRABETE, *Júlio Fabbrini. Processo Penal*, p. 38, Atlas, SP, 1991.
38 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 100.

LXII, LXVI, LXVIII, LV, LIII e XXXVIII, encontrando-se atualmente garantidos sob a égide da Constituição Federal os direitos do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade, restaurando-se a soberania do Júri, ampliando-se a oralidade, principalmente à vista do que dispõe o art. 98, I, da Constituição, instaurando-se enfim um sistema processual de tendências constitucionais predominantemente acusatório, conforme inclusive haverá de ser ressaltado quando da análise dos capítulos seguintes.

## 3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Conforme ressalta Hélio Tornaghi[39], o processo penal se apresenta, através da história, sob três formas diferentes, conhecidas pelos nomes: Acusatória, Inquisitória e Mista.

De acordo com Frederico Marques[40], o sistema acusatório apresenta sob o ângulo histórico os seguintes caracteres basilares: separação entre acusação, defesa e julgamento, uma vez que cada função é exercida por pessoas e órgãos diversos entre si; liberdade de defesa e igualdade de posição entre a acusação e o réu; procedimento público e dominado pela oralidade; julgamento popular, ou por órgãos judiciários imparciais; livre apresentação das provas pelas partes; ativação da causa pelas partes; contraditório.

Já no sistema inquisitivo, ao revés, há concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) no órgão judiciário, que em regra é agente representativo do poder dominante, não sendo observados em tal sistema a ampla defesa, nem o contraditório, imperando o segredo e o procedimento escrito, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos judicantes.

O sistema processual misto, conforme já visto, surgiu após a Revolução Francesa, dividindo o processo em duas fases: de instrução preparatória e de julgamento, predominando na primeira os princípios e regras do sistema inquisitivo e, na segunda, um procedimento com caracteres do sistema acusatório.

Em síntese, o que distingue o sistema acusatório do inquisitivo é basicamente a circunstância de que, no primeiro, as três funções processuais (de acusar, defender e julgar) estão atribuídas a três órgãos diferentes (acusador, defensor e juiz), enquanto que, no segundo, as três funções processuais estão confiadas ao

39 TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 8, 9ª ed., Saraiva, SP, 1995.
40 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 92.





mesmo órgão (o inquisidor), este que deve proceder, espontaneamente, a suprir as necessidades da defesa, sendo o réu tratado como objeto do processo e não como sujeito, nada podendo exigir. Já o sistema misto é, em verdade, uma combinação entre os dois outros sistemas processuais, adotando uma instrução inquisitória e julgamento acusatório.

Para melhor compreensão dos três sistemas processuais acima apontados, passaremos em seguida a tecer comentários individualizados sobre cada um de tais sistemas, demonstrando suas características peculiares, vantagens e desvantagens observadas de suas respectivas regras e princípios, analisando-se para tal o que a doutrina vem discorrendo sobre o assunto, possibilitando assim adentrarmos em seguida no próximo capítulo, verificando, enfim, a conformação do sistema acusatório com as normas constitucionais e ordinárias vigentes em nosso País.

### 3.1 Sistema Acusatório

Conforme já visto quando da análise da evolução histórica do Direito Processual Penal (Tópico 2, supra), o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado a princípio com base na acusação privada, evoluindo para a acusação oficial - admitindo-se excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo, instalando-se verdadeiro processo de partes, que não pode existir sem a acusação, mantendo o julgador sempre a posição passiva, imparcial, sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios, assegurando-se a paridade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.

Dentre suas características, portanto, uma das mais marcantes, por certo, é a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação - *nemo in iudicium tradetur sine accusatione* -, daí o nome Sistema Acusatório.

A esse respeito, vale ressaltar que, a despeito de se considerar a acusação privada ou popular como da essência fundamental do sistema acusatório puro, não há de se admitir que a oficialidade do exercício da ação penal constitua, por si só, elemento capaz de modificar substancialmente a natureza acusatória do sistema processual, posto que, em verdade, assumindo a responsabilidade de iniciativa da ação penal, por órgãos designados especificamente para tal, está o Estado agindo em nome da sociedade, com o fim precípuo de evitar a impunidade, diante da natural acomodação e fragilidade do ser humano. Ademais, no exercício da função pública, a despeito de se submeter o órgão acusador oficial ao império da legalidade, que, no campo penal, obedece a princípios de moralidade e impessoalidade, não fica adstrito à observância cega do princípio da obrigatoriedade, até porque, ocupados tais cargos por seres humanos, haverá sempre espaço para a eleição de

alternativas para implementação da política criminal mais justa, compatibilizando assim a obrigatoriedade estrita com certa dose de disponibilidade, apesar de regrada, ante a legalidade dos limites de atuação do órgão acusador[41].

Ao mesmo passo, constitui característica essencial à configuração do sistema acusatório a exigência de separação das funções processuais, atribuindo-se a cada sujeito processual tão-somente uma das funções do processo, ou seja, ao acusador se atribui a função de acusar, ao defensor incumbe a tarefa de defender o acusado e ao juiz haverá de competir tão-somente a função de julgar, preservando-se assim a máxima isenção e imparcialidade do órgão julgador, possibilitando realizar-se a verdadeira justiça.

Com base em tais características, no sistema acusatório puro ou genuíno, em que o processo é essencialmente um "Processo de Partes", não há de se admitir que o julgador tome a iniciativa da ação penal, nem tampouco que pratique *ex officio* atos de investigação ou de produção de provas, devendo manter-se sempre em posição de inércia, passividade, mesmo que isto possa significar desprestígio do Princípio da Verdade Real, pois, como já se disse, o sistema acusatório prega um processo de partes, devendo estas, e somente estas, perseguir os meios probatórios hábeis a demonstrar a procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, até mesmo, a disponibilidade da ação penal.

De efeito, conforme ressalta Geraldo Prado[42], a ação voltada para a introdução do material probatório é precedida, ao certo, da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar, posto que, sem dúvida, quem procura sabe o que pretende encontrar, e isso, em termos de processo condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Por isso é que, entre os poderes do juiz, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material[43] e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação dos poderes de assistência ao acusado, pesquisar, apenas de maneira supletiva, provas de inocência, conforme as teses esposadas pela defesa.

Não se diga que assim agindo o juiz estará violando o princípio da parida-

41 RUSCONI, Maximiliano A. "Luces y Xombras en la Relación 'Política Criminal'- Ministério Público", p. 158/159, *in Ministério Público, Revista Latino Americana de Política Criminal*, ano 2, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
42 PRADO, Geraldo. Ob. cit., p. 129.
43 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 3, Coimbra, Almedina, 1992.





de das partes, pois, com tal intervenção mediadora, apenas de caráter supletivo, em verdade, estará o juiz procurando o mais justo equilíbrio processual, posto que, como sabemos, a justa igualdade está em tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, sendo certo que, diante da realidade social em que vivemos, não é difícil reconhecer que o órgão estatal de acusação, em regra, se faz melhor preparado para o desempenho das lides processuais.

Todavia, conforme já ressaltado, a intervenção judicial na atividade probatória a favor do acusado há de ser sempre moderada, desenvolvida apenas em caráter supletivo, somente em situações de dúvidas em que se autorize efetivamente o acréscimo de um *plus* na realidade probatória capaz de elucidar a potencialidade de inocência do acusado.

No mais, deve-se preservar ao máximo a característica de inércia do julgador diante do debate processual travado entre as partes, mantendo-se a absoluta imparcialidade do juiz, mormente respeitada sua plena liberdade de avaliação do material probatório recolhido pelas partes, liberdade esta que, ao ensejo, deve ceder apenas diante de duas distintas situações: o valor de compromisso da confissão do acusado, como assunção de um princípio de autonomia da vontade, nos casos de menor gravidade para os quais a resposta penal implique uma solução positiva para ele, acusado, para a vítima e, ainda, para a sociedade; e a aceitação de um conjunto probatório mínimo de provas legais negativas.

Destarte, cabe lembrar que, para configuração efetiva do sistema acusatório em um ordenamento processual penal, não basta a presença das características acima apontadas, fazendo-se necessário que, para a formação de um instrumento legítimo de solução de conflitos de interesses, esteja o ordenamento jurídico em consonância com os princípios democráticos que servem a demarcar o modelo acusatório, tais como os princípios da oralidade, da publicidade e do contraditório.

Na lição clássica de Francisco Morato[44], compreende-se por oralidade a forma procedimental em virtude da qual se reúnem os seguintes caracteres: a predominância da palavra falada; a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; a identidade física do órgão judicante em todo decorrer do processo; a concentração da causa no tempo. Não se concebe, pois, sistema processual baseado na oralidade sem a observância de tais caracteres. Os atos processuais desenvolvidos no processo acusatório efetivamente democrático se destinam à formação da livre convicção do julgador para propiciar julgamento imparcial e adequado à realidade apresentada no mundo processual, de forma mais

44 MORATO, Francisco. "A Oralidade", *in Processo Oral*, p. 1-24, RJ, Forense, 1940.

aproximada possível da verdade real. A respeito, Lúcio Bittencourt advertia com precisão que "*livre convencimento sem processo oral é pura ficção*"[45].

Como já mencionado, a publicidade também se coloca como característica do sistema acusatório, de modo que não se concebe um processo democrático sob o manto do segredo dos atos processuais, principalmente à vista da necessidade indiscutível de participação do povo na gestão da coisa pública, *in casu*, na gestão das decisões judiciais sobre os casos penais, bem como em face da exigência de prestar satisfação ao público acerca da maneira pela qual os agentes do Estado exercem suas funções, pois somente atento a essas concepções se pode garantir o efetivo cumprimento das exigências de respeito aos direitos básicos dos cidadãos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal.

Ressalte-se, entretanto, que, em certos casos, à vista da predominância do interesse particular de preservação da intimidade ou da necessidade de garantia da efetiva possibilidade de aplicação da lei penal e do regular andamento da persecução criminal, pode-se excepcionar a publicidade dos atos processuais, mas isto sem afetar as características do sistema processual, desde que atendido o princípio da proporcionalidade.

De inegável importância no processo acusatório é ainda o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5°, LV), segundo o qual deve gozar o réu de irrestrita oportunidade de defesa em processo que há de assegurar inequívoca igualdade entre as partes.

Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida[46], as características do princípio do contraditório são, basicamente, as seguintes: ciência que a cada litigante deve ser dada dos atos praticados pela parte contrária, que se concretiza na necessidade de citação, notificação e de intimação das partes; o termo da contrariedade, segundo o qual a citação, notificação e intimação devem determinar a fluência de um prazo para contrariar. Frederico Marques[47] acrescenta ainda duas outras características, a saber: a obrigatoriedade de um defensor técnico ao acusado; o direito de ambas as partes produzir, em igualdade de condições, as provas relativas a suas pretensões.

De efeito, do contraditório decorrem a igualdade e a liberdade processual, ou seja, a igualdade de direito entre as partes e a liberdade de nomear o defensor que bem entender e de produzir as provas que melhor lhes convier.

45 BITTENCOURT, Lúcio, *apud* MARQUES, José Frederico, ob. cit., p. 73.
46 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A Contrariedade da Instrução Criminal*, p. 110, 1937.
47 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 90.





É bem verdade que o contraditório sempre esteve atrelado ao sistema acusatório, principalmente por constituir este um processo de partes, no qual sempre se procurou pugnar pela igualdade e liberdade processual, encontrando enfim sua maior expressão na parêmia romana do *audiatur et altera pars*, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar com justiça[48].

Não há de se dizer que a natureza inquisitiva e a não-observância do contraditório no inquérito policial sirvam para desconfigurar o processo acusatório em nosso sistema processual penal brasileiro, posto que, no dizer de Afrânio Silva Jardim:

*"o inquérito policial, embora estruturado sob a égide do inquisitorialismo, não faz parte do nosso processo penal, mas é um mero procedimento administrativo-investigatório prévio, destinado tão-somente a dar lastro probatório mínimo à acusação penal, podendo ser dispensado quando tal finalidade venha a ser alcançada através das chamadas peças de informação"*[49].

Portanto, não constituindo efetivamente uma fase do processo penal propriamente dito, não integrando a lide em verdadeira fase da ação penal, não há de se exigir que no inquérito imperem as regras do sistema acusatório, ressaltando inclusive Frederico Marques[50]: "*ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação*".

A despeito da nítida impressão que se tem das inúmeras vantagens que o sistema acusatório apresenta frente aos demais sistemas processuais conhecidos, ressalta Hélio Tornaghi[51] que este sistema, tal como se apresentava em sua primeira fase histórica, oferecia gravíssimos inconvenientes, entre os quais podem alinhar-se: impunidade de criminosos; facilitação da acusação falsa; desamparo dos fracos; deturpação da verdade; impossibilidade de julgamento, em muitos casos; inexeqüibilidade da sentença, entre outros.

Todavia, observando atentamente a fundamentação de Tornaghi acerca dos inconvenientes por ele apontados, verificamos que a essência da fragilidade do sistema acusatório genuíno se encontrava justamente em relegar o processo penal somente à iniciativa privada, sujeita esta, obviamente, a todos os tipos de influências sociais, políticas, econômicas e individuais naturais ao ser humano.

48 MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*, p. 47, 1945.
49 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 45, 7ª ed., Forense, 1999.
50 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 151.
51 TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 11.

Entretanto, com a evolução da sociedade, diante da concepção de Estado como ente público de representação social, com o surgimento na história da instituição do Ministério Público, que permitiu a acusação pública em nome da sociedade, resguardando-se a neutralidade e imparcialidade do juiz, sem comprometer a natureza acusatória do processo penal, podemos dizer que já não mais encontramos os inconvenientes apontados por Tornaghi no sistema acusatório.

Enfim, a evolução histórica tem demonstrado que, dentre as sistemáticas processuais conhecidas, aquela que atende melhor aos anseios do homem e da sociedade, com maior respeito aos direitos e garantias individuais e preservação dos anseios sociais, por certo é o sistema acusatório, este que tem evoluído de uma estrutura acusatória liberal-individualista para uma sistemática publicista, com fortes tendências de assegurar cada vez mais os direitos e garantias individuais.

**3.2 Sistema Inquisitório**

Conforme ressaltado por Tornaghi[52], à vista dos inúmeros inconvenientes com os quais se apresentava o sistema acusatório em sua primeira fase histórica, surgiu a necessidade de se operar o envolvimento do "Estado" na iniciativa do processo penal, quando então, em Roma, o Senado resolveu encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações penais de que tivessem notícia, evitando-se assim que os infratores ficassem impunes. Daí, surgiu o sistema inquisitório, que a princípio funcionava apenas de forma excepcional e subsidiária, passando aos poucos a se tornar procedimento comum, evoluindo para permitir cada vez mais a ingerência do "Estado" no processo penal, acabando por dominar quase toda a Europa Ocidental por quase um milênio, conforme já visto quando analisada a "Evolução Histórica" dos Sistemas Processuais no Tópico 2, acima delineado.

O sistema inquisitório, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, em verdade, se caracteriza pela concentração de todas as funções processuais (acusar, defender e julgar) em apenas um órgão (judiciário), que em regra é agente representativo do poder dominante, não se exigindo a observação e atendimento ao contraditório, à ampla defesa, imperando sempre o segredo e o procedimento escrito como formas de apuração da infrações penais, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos incumbidos da função jurisdicional.

Garcia Velasco[53] assinalou os traços característicos básicos do processo inquisitivo: concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; sigilação; ausência do contraditório; procedimento escrito; os juízes eram permanentes e irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; a confissão era elemento suficiente para a condenação; admitia-se a apelação contra a sentença.

52 TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 14.
53 VELASCO, M. I. Garcia. *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 7, Ed. Universidad de Madrid, 1969.





No dizer de Frederico Marques[54], o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visem à descoberta da verdade real, oferece poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por ser psicologicamente incompatível a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal. Enquanto na sistemática acusatória há uma verificação de pretensão das partes, na inquisitiva existe tão-só um exame de presunção do juiz[55].

De efeito, enquanto que no procedimento acusatório se prima pelo *actium trium personarum*, ou seja, pela tripartição efetiva das três funções processuais (acusar, defender e julgar), no processo inquisitivo a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe. Atribuindo-se ao juiz a função de formular a acusação e ao mesmo tempo perquirir a prova, passou-se a formar em verdade uma relação processual linear entre o juiz e o réu, constituindo este, então, mero objeto de investigação, sem direito algum no plano processual.

A respeito, Alcalá-Zamora[56] ressalta não ser o inquisitório um processo genuíno, e sim uma forma autodefensiva de administração da justiça.

Diz ainda Santiago Sentís Melendo[57] que: *"onde aparece o sistema inquisitório, haverá uma investigação policial (embora chamem de juiz ao funcionário que a dirige), nunca, porém, um processo judicial"*.

De fato, conforme ressalta Afrânio Silva Jardim[58]: *"A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do Juiz, o qual partia de um convencimento formado a priori e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente, a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo Juiz-inquisitor"*.

Pelas características com as quais se apresenta, sobretudo pelo passado de

54 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 70.
55 POLANSKY, Nicola. "La Procédure Criminelle Technique", *in Scritti in Onore de Enrico Ferri*, 1929.
56 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Ensenanzas y Sugerencias acerca de la Acción", *in Estudios de Derecho Procesal en Honor* de HUGO ALSINA, p. 791, nota 83, 1946.
57 MELENDO, Santiago Sentís. *In Revista de Derecho Procesal*, v. I, parte II, p. 69.
58 JARDIM, Afrânio Silva. Ob. cit., p. 43.

sua evolução, mormente sob a égide do Direito Canônico, a exemplo das regras do Santo Ofício, onde as maiores barbaridades foram cometidas contra a Humanidade através do então idealizado procedimento inquisitório, dúvidas não existem de que esse tipo de procedimento, surgido aos poucos como corretivo para os defeitos do sistema acusatório inicial, não representa o sistema processual almejado por um processo democrático e baseado no essencial respeito aos direitos e garantias individuais, sendo portanto alvo de críticas constantes de todos os que a ele se referem.

Entretanto, não podemos cometer o erro de analisar o sistema inquisitivo isoladamente. Devemos ter o cuidado de verificação do contexto histórico em que foi criado, ressaltando Manzini[59] a respeito que: *"O processo inquisitório, alvo de tantas declamações estranháveis e demagógicas, desenvolveu-se como uma necessidade social, sobre as bases do processo acusatório, conservando-lhe as formas compatíveis com a própria estrutura"*.

Nos tempos atuais, após adequação por muitos países de um sistema misto, idealizado a partir da junção dos sistemas inquisitório e acusatório, ao que se sabe poucas são as nações civilizadas que adotam o sistema processual inquisitivo. No direito processual penal brasileiro, onde se fazem garantidos constitucionalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, em consonância com o devido processo legal, amplamente público e convivendo com a franca abertura da aplicabilidade de maior oralidade, impensável falar-se em adoção do sistema inquisitório, claramente afastado à vista da predominância das regras pertinentes ao seu antagônico sistema acusatório.

### 3.3 Sistema Misto

Conhecido também como "Sistema Acusatório Formal", como já dito, embora tenha sido idealizado em suas primeiras regras com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), surgiu mesmo de forma marcante após a Revolução Francesa, notadamente, com o *Code d'Instruction Criminelle*, em 1808, e decorreu da necessidade então reclamada de se extirpar do ordenamento jurídico a malfadada Inquisição, constituindo o Sistema Misto assim uma junção entre as regras admissíveis do sistema inquisitório e os princípios atinentes ao processo acusatório.

Observa Frederico Marques[60] que, neste sistema, se traçou "uma linha diagonal entre a configuração inquisitiva e a acusatória do processo", pelo que é também denominado de "processo semi-acusatório" (GNEIST), ou de "processo inquisitivo com acessórios acusatórios" (ZACHARIAE), ou como procedimento "inquisitivo de forma acusatória" (GOLDSCHMIDT, *Problemas Jurídicos y Políticos*, p. 70).

59 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, v. 1, p. 31, Buenos Aires.
60 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 71.





Conforme ressalta Tornaghi[61], o Sistema Misto *"é a encruzilhada entre as necessidades da repressão e as garantias individuais"*, pois, de acordo com Frederico Marques[62], o processo tem de ser *"suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes"*, sendo certo que, nessa toada de pensamento, o procedimento inquisitório é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto que o acusatório oferece maiores garantias ao acusado, daí por que acreditar-se, em alguns países, que o sistema misto é o ideal, pois reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois sistemas.

Sob as regras do sistema misto, o processo, tal como no inquisitivo, desenvolvia-se em três fases: a investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procès verbaux*; a instrução preparatória (*instruction préparatoire*); fase do julgamento (*jugement*). Todavia, enquanto no processo inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do juiz, no processo misto somente as duas primeiras etapas é que eram e continuaram secretas e não contraditórias. No julgamento, o processo se desenvolve oralmente e com observância à publicidade dos atos processuais, ficando as funções de acusar, defender e julgar em mãos de pessoas distintas.

É constituído, pois, de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento).

Atualmente, o sistema misto, como adotado em alguns países da Europa e até mesmo da América Latina (Venezuela), continua com a mesma característica estrutural originária, combinando elementos acusatórios e inquisitórios em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual que o adota, subdividindo-se em duas orientações, em vista da predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão, de acordo com o que anota Carlos Rubianes[63].

O exemplo mais fiel de aplicação do Sistema Misto é o denominado *"Juizado de Instrução"*, que constitui, em verdade, uma fase persecutória preliminar,

61 TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 17.
62 MARQUES, José Frederico. Ob. cit.
63 RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, v. 1, p. 25, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985.

destinada à apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. A função da polícia, neste caso, fica reduzida a prender os infratores e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao "Juiz Instrutor", como presidente do procedimento, colher todos os elementos probatórios a instruir a ação penal. Tal sistemática é adotada em diversos países da Europa, principalmente na França.

Existem sugestões abalizadas no sentido de se adotar o Sistema dos Juizados de Instrução no Brasil. Todavia, tem-se chegado à conclusão de que tal sistemática é impraticável em nosso País, notadamente à vista de nossa grande extensão territorial e das dificuldades de locomoção, o que só poderia ser evitado quebrando-se a unidade do sistema, isto é, adotando-o somente nas capitais e sedes de comarcas, permanecendo o atual sistema de inquérito para o interior[64].

Destarte, vale ressaltar que as objeções ao sistema de Juizados de Instrução não são concludentes, verificando-se inclusive, de uma interpretação sistemática e teleológica, que a nova Constituição Federal não impede a criação dos Juizados de Instrução pelos próprios Estados (arts. 24, X e XI, e 98, I, da Carta Magna).

Ademais, segundo Hélio Tornaghi[65], *"o direito brasileiro segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento"*.

Entretanto, apesar do respeito que merece a ponderação de Tornaghi, não se pode considerar o inquérito policial como fase do processo penal. Como já foi dito, em verdade, o inquérito há de ser considerado como um mero procedimento administrativo investigatório prévio, destinado a fornecer lastro probatório suficiente à propositura da ação penal, insubsistindo nele, inclusive, qualquer participação efetiva do julgador. Ademais, como se sabe, o inquérito policial é até mesmo dispensável (arts. 39, § 5°, e 46, § 1°, do CPP), sempre que se obtenha, por qualquer outro meio, suporte probatório mínimo para a ação penal. Portanto, *permissa venia*, a existência e adoção do inquérito policial na sistemática processual penal brasileira não serve para abalizar a opinião no sentido de que adotamos no Brasil um sistema processual misto.

Por certo, a festejada síntese que se pretende obter com a junção dos sistemas acusatório e inquisitório para se estruturar um sistema ideal, que se faz então denominado "Sistema Misto", não alcança em verdade os efeitos almejados.

De efeito, embora criando uma fase acusatória para julgamento, mesmo

64 Cf. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Item IV.
65 TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 18.





que adotando mecanismos que sirvam para resguardar a imparcialidade do julgador, ao incumbir o órgão jurisdicional da atividade persecutória preliminar, o sistema misto, tal como concebido, haveria de observar o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, garantindo enfim os direitos e garantias individuais que devem ser assegurados aos réus, em todas as fases do processo. Não o fazendo (até porque se sabe que é manifestamente contraproducente admitir-se tais direitos em fase de investigação criminal, em face dos naturais entraves que se criam na colheita efetiva das provas), considerada a fase preliminar de tal sistema como uma etapa do processo penal, consubstanciadas se fazem indesejáveis violações aos direitos fundamentais do ser humano.

Ademais, na esteira deste mesmo entendimento, verificamos que, na Itália, principalmente na Corte Constitucional, vem sendo declarada a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos do respectivo Código de Processo Penal Italiano que negam a ampla defesa na fase de instrução preliminar, tornando-a, enfim, em razão disto, inteiramente regida pelo princípio do contraditório, o que dificulta em muito a apuração das infrações penais, a despeito de se assegurarem direitos fundamentais dos réus no processo penal.

## 4 CONFORMAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO COM AS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIRAS

Observada a evolução histórica dos sistemas processuais penais, apreendidos conceitos, definições, ensinamentos e opiniões acerca dos três sistemas processuais surgidos durante a história do processo penal das civilizações ocidentais, estamos agora aptos para analisar, diante do ordenamento constitucional e ordinário de nosso País, a questão concernente à conformação e adequação do sistema acusatório com as regras legais que regem o processo penal brasileiro da atualidade, notadamente por admitida maior consonância dos princípios acusatórios à sistemática processual adotada no Brasil.

Para melhor análise do tema, necessário se faz situar a questão no tempo e incidirem avaliações normativas a partir do advento da Constituição Federal de 1988, pela qual se fizeram atingidos todos os diplomas e dispositivos legais normativos do processo penal atualmente em vigor.

### 4.1 Perante a Constituição Federal e o Código de Processo Penal

Conforme já verificado quando da análise da evolução histórica e das características peculiares dos sistemas processuais, principalmente quando incidi-

mos tal verificação sobre os aspectos estruturais de cada um dos três respectivos sistemas vislumbrados pela história, pudemos constatar em contexto quase unânime deste trabalho a predominante conformação das normas constitucionais e legais vigentes em nosso País com os requisitos basilares do sistema acusatório.

Todavia, a despeito de tal constatação, alguns aspectos de nossa legislação constitucional e infraconstitucional têm servido para mitigar a conformação do sistema acusatório puro ou genuíno em nosso ordenamento jurídico, merecendo ser tais circunstâncias analisadas de forma circunstanciada, para que possamos entender até que ponto tais aspectos jurídicos e legislativos servem para afetar a perfeita adequação do sistema acusatório em nosso direito processual penal.

Com intuito de melhor entendimento acerca da verdadeira interferência dos entraves normativos à perfeita conformação do sistema acusatório ao nosso ordenamento jurídico, entendemos por bem analisar os assuntos que servem a mitigar o sistema acusatório em tópicos que correspondem verdadeiramente aos requisitos basilares de tal sistema, esperando assim propiciar de forma bem delineada uma conclusão final acerca do quanto se faz atingido o sistema acusatório frente às suas principais características.

4.1.1 Iniciativa da Ação Penal

Conforme se depreende da Carta Magna (art. 129, inciso I), a Ação Penal Pública é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, podendo ser proposta, excepcionalmente, pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo, em substituição processual, na hipótese prevista no art. 5°, LIX, da CF, em conformidade com o disposto no artigo 29 do CPP e art. 100, § 3°, do CP.

Em certos casos, a iniciativa do Ministério Público para o exercício da ação penal depende de manifestação, em assentimento, da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, ou de requisição do Ministro da Justiça, consubstanciando a hipótese de Ação Penal Pública Condicionada, mas como exceção, pois somente há de se operar tal hipótese quando a lei exigir (art. 24 do CPP e art. 100 do CP).

Admite-se, em Ação Penal Privada, a iniciativa da ação penal pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo (art. 30 do CPP e art. 100, § 2°, do CP), nas hipóteses em que o interesse de se invocar a jurisdição seja intimamente ligado ao interesse individual do ofendido, constituindo esses casos uma exceção, enquanto a regra é a Ação Penal Pública Incondicionada (art. 100, *caput*, do CP).

Fala-se ainda em Ação Penal Popular de natureza mista, político-penal, na hipótese de *impeachment* do Presidente da República, dos Ministros de Estado e





Ministros do Supremo Tribunal Federal, para a qual o direito de ação seria atribuído a instituições e órgãos de poder mencionados, os quais estariam agindo neste *mister* em nome do povo, conforme bem definido pelo STF, ao julgar mandado de segurança referente à matéria[66], constituindo este assunto, entretanto, tema bastante polêmico.

Destarte, vale ressaltar que, mesmo na hipótese de Ação Penal Privada, o *jus puniendi* continua a pertencer exclusivamente ao Estado, embora, casuisticamente, transfira ao particular o *jus accusationis* quando o interesse do ofendido se sobrepõe ao menos relevante interesse público[67].

Portanto, embora não seja mais a iniciativa da ação penal exclusivamente colocada nas mãos da vítima ou de seus familiares, como ocorria no sistema acusatório puro ou genuíno idealizado em Roma e na Grécia antiga, certo se faz que a publicização da ação penal, que se deu em decorrência da fragilidade do próprio ser humano e da evolução dos sistemas processuais penais rumo à garantia efetiva dos interesses sociais e direitos individuais, não serviu para descaracterizar o princípio acusatório propriamente dito, persistindo pois o *jus accusationis* em mãos de pessoa diversa do julgador, representando ademais, o Ministério Público, em verdade, os interesses da própria população, em face da verdadeira outorga de mandato popular que se opera ao Estado perante as civilizações democráticas.

A respeito de tal colocação, ressalta Afrânio Silva Jardim[68] que *"o estudo do processo penal, à luz de uma perspectiva histórica, demonstra a sua evolução do sistema acusatório liberal-individualista para a síntese dialética do sistema acusatório público moderno"*.

4.1.2 Repartição das Funções do Processo

Conferida pela Constituição e pelo Código de Processo Penal a iniciativa da ação penal pública ao Ministério Público e da ação penal privada ao ofendido ou a quem tiver legitimidade para representá-lo (art. 129, I, da CF, e art. 30 do CPP), assegurado ao réu o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o direito de ser processado perante autoridade competente (art. 5°, LIII, LIV e LV, da CF), instituída está a repartição das funções processuais, restando bem definida a legitimidade de acusação, de defesa e de julgamento da ação penal.

Todavia, existem hipóteses em nosso ordenamento jurídico, notadamente

66 Mandado de Segurança nº 21.263-DF, j. 28/05/93, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no Ementário de Decisões do STF, v. 01.705, p. 202.
67 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, p. 527, Atlas, 1999.
68 JARDIM, Afrânio Silva. Ob. cit., p. 47.

no próprio Código de Processo Penal, em que o julgador interfere, sem sombra de dúvidas, no *jus accusationis*, tais como, *verbi gratia*: quando requisita a instauração de inquérito policial (art. 5°, II, do CPP); quando ordena remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça - na hipótese de não concordar com o arquivamento proposto pelo Promotor de Justiça (art. 28 do CPP); quando promove a *emendatio libelli* ou *mutatio libelli* (arts. 383 e 384 do CPP); quando modifica classificação da acusação na decisão de pronúncia (art. 408, § 4°, do CPP); quando recorre de ofício nas hipóteses de concessão de *habeas corpus* (art. 574, I, do CPP), de absolvição sumária (arts. 574, II, e 411 do CPP) ou de concessão de reabilitação (art. 746 do CPP).

No entanto, apesar de servirem tais dispositivos legais, efetivamente, para mitigar o princípio acusatório, merecendo ademais ser expurgados de nosso sistema processual penal, para o fim de se preservar a efetiva legitimidade dos titulares da ação penal, em resguardo à completa imparcialidade do julgador, certo se faz que mencionados poderes conferidos ao juiz encontram amparo na concepção moderna de socialização do processo penal, constituindo este, no entendimento da atualidade, não só um meio de solução dos conflitos de interesses perpetrados entre as partes, mas também o fim de se obter a desejada pacificação social, para a qual o Estado deve propugnar até mesmo com a ingerência do judiciário nas funções que não lhe são essencialmente destinadas.

4.1.3 Preservação da imparcialidade do juiz

Ao preconizar o Princípio do Juiz Natural, em consonância com os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da prova legal, do estado de inocência e da publicidade (art. 5°, LIII, LIV, LV, LVI, LVII e LX, da CF), a Carta Magna por certo fez corroborar o sistema acusatório também em seu aspecto pertinente à necessidade de indispensável imparcialidade do julgador, pois não há de se admitir a implementação efetiva de tais princípios constitucionais no processo penal sem que haja a perfeita eqüidistância, pureza de espírito e liberdade do juiz na apreciação das assertivas da acusação, dos argumentos da defesa e na apreciação das provas regularmente produzidas.

A Constituição Federal, ademais, veio reafirmar as normas de estruturação da legalidade e legitimidade do processo penal predispostas no próprio Código de Processo Penal, que, recepcionado pelas normas constitucionais, já prelecionava as regras indispensáveis à preservação da imparcialidade do magistrado (arts. 252 e seguintes do CPP).

Entretanto, servindo a mitigar novamente o princípio acusatório que se depreende da *mens legis* constitucional, a legislação ordinária, mormente o próprio Código de Processo Penal, por vezes permite a prática pelo juiz de atos que somente servem para implementar a dúvida sobre a real imparcialidade do julgador, assim o fazendo, não apenas nas hipóteses supramencionadas de inversão aparente de iniciativa da ação penal (Tópico 4.1.2), mas também a respeito da ingerência do magistrado na tarefa essencialmente das partes acerca da produção de provas necessárias a instruir a persecução penal, *exempli gratia*: quando confere ao juiz a figura de destinatário do inquérito, outorgando-lhe o poder de decidir sobre a conveniência e a oportunidade de realização de novas diligências pela autoridade policial (art. 10, §§ 1° e 3°, do CPP); quando outorga ao magistrado o poder de investigação *ex officio* da verdade real (arts. 156 e 209 do CPP); quando defere ao juiz o poder de decretar de ofício a prisão preventiva do acusado, ainda em fase de inquérito policial (art. 311 do CPP).





Não restam dúvidas de que tamanho desvirtuamento do ordenamento processual penal em transigir com a efetiva imparcialidade do juiz, conferindo-lhe poderes de investigação dos fatos *inaudita altera pars*, somente serve para retirar a pureza da alma do julgador que se espera obter para a implementação de um processo penal realmente democrático.

Todavia, a despeito da violação de algumas normas infraconstitucionais à indispensável preservação da indeclinável imparcialidade do julgador, devemos ponderar que, uma vez assegurada pela Constituição a intenção de destinação a pessoas distintas das funções essenciais do processo, garantida por normas constitucionais a implementação no processo penal dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do estado de inocência, da prova legal e do juiz natural, em consonância com a publicidade dos atos processuais e forte tendência de adoção da oralidade nos procedimentos judiciais, certo se faz que nos encontramos diante de um sistema processual de verdadeira aparência acusatória, em franco amadurecimento de todo o ordenamento jurídico, que, mais cedo ou mais tarde, haverá de ceder aos anseios democráticos do verdadeiro sistema acusatório efetivo, que já se faz apregoado em todos os sentidos pelo espírito constitucional, que aos poucos vai envolvendo toda a sistemática processual moderna.

4.1.4. Observância ao Contraditório, Ampla Defesa, à Publicidade e Oralidade no Processo Penal

À vista do que já se fez ressaltado por inúmeras vezes nos capítulos acima arrazoados, faz-se claro como sol a pino o acolhimento constitucional dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, sendo elevados tais princípios, ademais, a verdadeiros parâmetros de respeito aos direitos fundamentais do ser humano, sobretudo no direito penal e processual penal, onde se lida com os mais importantes direitos do homem.

No entanto, especificamente no processo penal, o maior indicativo de inob-

servância dos princípios do contraditório e da ampla defesa encontra-se justamente nas regras pertinentes ao inquérito policial (arts. 4° e segs. do CPP), através das quais se faz suprimido dos indiciados o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa durante a realização dos atos investigatórios praticados.

Por certo, há de se admitir, no dizer de Afrânio Silva Jardim[69], que o inquérito é *"um procedimento investigatório de natureza administrativa, preparatório da ação penal"*. Todavia, conforme se depreende do texto constitucional (art. 5°, LV, da CF), os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados também nos processos administrativos.

Portanto, a despeito de não constituir, efetivamente, uma fase do processo penal propriamente dito, a partir do momento em que o Estado, através de sua máquina policial investigatória, está atingindo os direitos fundamentais de uma pessoa, mesmo que seja esta, no inquérito policial, mero suspeito ou tão-somente considerado "objeto de prova", por força de mandamento constitucional, devem ser observados, a qualquer custo, os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Da mesma forma, a alegação de Frederico Marques[70] no sentido de que *"não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que haja um caso de difícil elucidação"*, *permissa maxima venia*, não serve a sustentar o desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano amparados pela norma constitucional, pois não se devem debitar aos indiciados as eventuais debilidades do Estado no exercício de seu potencial dever de investigar as infrações penais.

Dessa forma, há de se entender que o inquérito policial, perpetrado sob os princípios do sistema inquisitório, a despeito de não realizado sob o comando do julgador, e sim de autoridade policial alheia ao processo, por violar flagrantemente os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitui manifesta afronta ao sistema acusatório preconizado em nossa Constituição Federal, devendo o legislador pátrio se preocupar, o mais rápido possível, com o aperfeiçoamento das regras pertinentes à mencionada peça inquisitória do direito processual penal, sob pena de nunca se conseguir adequar o sistema processual penal brasileiro ao tão almejado processo democrático sob a égide do verdadeiro sistema acusatório.

A publicidade, da mesma forma, não há de ser observada no inquérito policial (art. 20, CPP), não existindo aqui, entretanto, violação efetiva ao princípio da publicidade preconizado na Constituição Federal, posto que, do respectivo diploma constitucional (art. 5°, LX, da CF), não se extrai a obrigatoriedade de observância de tal princípio nos procedimentos administrativos, mas somente nos "atos processuais" propriamente ditos, o que é aliás explicável, dada a necessidade de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5°, X, da CF).

69 JARDIM, Afrânio Silva. Ob. cit., p. 45.
70 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 151.





Em verdade, conforme ressalta Frederico Marques[71], no processo penal brasileiro, impera, como regra, a publicidade ampla e popular, e, como exceção, a publicidade restrita, com a presença das partes e de seus representantes legais.

Ao ensejo, a regra da publicidade plena vem consagrada no artigo 792, *caput*, do CPP, enquanto que a regra da publicidade restrita se encontra estampada no mesmo art. 792, § 1°, do CPP.

Por conta de tal consideração, inclusive, alguns atos são secretos (*v.g.*: arts. 709, § 2°, e 748 do CPP), na grande maioria das vezes, entretanto, à vista da própria necessidade de garantia dos mesmos direitos de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, conforme preconizado pela própria Constituição Federal em seu artigo 5°, inciso X.

No Júri, em cujo processamento se deve observar a publicidade plena, tem-se que o julgamento, além de ser com voto secreto (art. 5°, XXXVIII, da CF, e art. 486 do CPP), deve realizar-se a portas fechadas (art. 481 do CPP), em sala secreta (art. 476 do CPP).

Portanto, verifica-se que a própria Constituição Federal admite exceções, sobretudo no processo penal, ao princípio da publicidade, mormente quando necessárias tais exceções para preservação de outros direitos fundamentais individuais de maior importância frente aos objetivos da publicidade dos atos processuais.

Em assim considerando, apesar de constituir a publicidade um dos pilares de estruturação do sistema acusatório, não se pode dizer que as exceções criadas pela Carta Magna e pelo Código de Processo Penal, por conta da denominada publicidade restrita, sirvam para desnaturar o processo acusatório preconizado pelo ordenamento constitucional, porquanto as exceções admitidas, em verdade, são feitas em consonância sistemática com o princípio da proporcionalidade, através do qual, somente nas situações pertinentes à preservação de outros direitos fundamentais, se admite, sem risco inaceitável para o sistema, a não-aplicação na íntegra da publicidade plena.

71 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 76.

Por derradeiro, vale ressaltar que o processo penal brasileiro não adotou a oralidade como regra, mas sim como exceção, pois depreende-se de forma cristalina do Estatuto Processual Penal pátrio a predominância das regras do procedimento escrito. Somente no Tribunal do Júri impera a oralidade, mas assim mesmo de forma bastante imperfeita.

Portanto, em nossa sistemática processual penal vigente, em verdade, vigoram princípios manifestamente opostos ao processo oral idealizado pelo sistema acusatório, não se exigindo, pois, a concentração dos atos processuais, nem tampouco a imediação e identidade física do julgador.

Destarte, há de se ressaltar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez previsto o "Procedimento Oral" para os então denominados "Juizados Especiais" (artigo 98, inciso I, da CF), ao propiciar a edição legislativa da Lei nº 9.099/95, com introdução efetiva das regras pertinentes ao sistema oral no processo penal pertinente aos "Crimes de Menor Potencial Ofensivo", demonstrou o legislador constituinte a vontade inequívoca de adoção efetiva da oralidade em coerência com o sistema acusatório constitucionalmente idealizado, restando então evidenciado que a perspectiva futura para o processo penal segue na trilha do processo essencialmente oral, em consonância com os princípios e regras pertinentes ao processo acusatório, podendo-se dizer que o processo penal da atualidade está a vivenciar um momento saudável de transição da oralidade restrita para a oralidade plena, de forma proporcional à passagem do sistema acusatório formal para um sistema acusatório efetivo.

## 5 CONCLUSÃO

Após providencial incursão pela Evolução Histórica do Processo Penal das civilizações ocidentais, posteriormente à análise dos Sistemas Processuais Acusatório, Inquisitório e Misto, identificados na história dos ordenamentos processuais penais do mundo ocidental da Antigüidade, da Idade Média e da Era Moderna do direito, em seguida à verificação da conformação do sistema acusatório com as normas processuais penais brasileiras, principalmente na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal ora em vigor, pudemos então chegar às seguintes conclusões:

1. A evolução histórica do processo penal nas civilizações ocidentais nos mostra que, da concepção de um procedimento penal genuinamente acusatório, de iniciativa privada, com completa eqüidistância e imparcialidade do julgador diante de um processo essencialmente das partes, com respeito ao contraditório, ampla defesa, publicidade e oralidade, em razão de observância inicial da fragilidade da iniciativa privada e do fortalecimento da idéia de Estado como ente representativo dos anseios sociais, passamos por quase um milênio, durante a Antigüidade e até fins da Idade Média, adotando regras do sistema inquisitório, principalmente sob a égide do Direito Canônico, pelo qual se faziam vedados os direitos fundamentais do ser humano, retirando a imparcialidade do julgador e visualizando o réu como objeto de investigação, para satisfação da ira divina e posteriormente dos interesses dos poderosos, chegando, enfim, após a Revolução Francesa, já na Era Moderna, a serem observados com preponderância a sistematização mista de uma fase preliminar inquisitória e um processo e julgamento com base em princípios acusatórios, fazendo-se utilizado tal sistema misto até hoje em muitos países da Europa e até mesmo da América Latina (Venezuela), acompanhando o Brasil esta evolução dos sistemas acusatórios, para encontrar a partir da República uma forte tendência de adoção dos princípios acusatórios, restando acolhidos, enfim, pela Carta Magna de 1988, regras e princípios condizentes com o sistema acusatório, apesar de mitigadas pela legislação ordinária, ainda em vias de adequação ao novo parâmetro processual traçado pela nova Constituição Federal.





2. Após análise pormenorizada das características peculiares de cada um dos três sistemas processuais identificados na evolução histórica do direito processual penal, pudemos concluir que, em síntese, o que distingue o sistema acusatório do inquisitivo é basicamente a circunstância de que, no primeiro, as três funções processuais (de acusar, defender e julgar) estão atribuídas a três órgãos diferentes (acusador, defensor e juiz), enquanto que, no segundo, as três funções processuais estão confiadas ao mesmo órgão (o inquisidor), este que deve proceder espontaneamente a suprir as necessidades da defesa, sendo o réu tratado como objeto do processo e não como sujeito, nada podendo exigir. Já o sistema misto é em verdade uma combinação dos dois outros sistemas processuais, adotando uma instrução inquisitória e julgamento acusatório.

3. Conforme verificado quando da análise da evolução histórica e das características peculiares dos sistemas processuais, principalmente quando incidimos tal verificação sobre os aspectos estruturais de cada um dos três respectivos sistemas vislumbrados pela história, pudemos constatar em contexto quase unânime deste trabalho a predominante conformação das normas constitucionais e legais vigentes em nosso país com os requisitos basilares do sistema acusatório. A despeito de tal constatação, alguns aspectos de nossa legislação constitucional e infraconstitucional têm servido para mitigar a perfeita conformação do sistema acusatório ao nosso ordenamento jurídico.

4. A respeito dos *jus accusationis*, concluímos que, embora não seja mais a iniciativa da ação penal exclusivamente colocada nas mãos da vítima ou de seus familiares, como ocorria no sistema acusatório puro ou genuíno idealizado em Roma e na Grécia antiga, certo se faz que a publicização da ação penal, que se deu

em decorrência da fragilidade do próprio ser humano e da evolução dos sistemas processuais penais rumo à garantia efetiva dos interesses sociais e direitos individuais, não serviu para descaracterizar o princípio acusatório propriamente dito, persistindo pois o *jus accusationis* em mãos de pessoa diversa do julgador, representando ademais o Ministério Público, em verdade, os interesses da própria população, em face da verdadeira outorga de mandato popular que se opera no Estado perante as civilizações democráticas.

5. Acerca da característica de repartição de funções no processo penal acusatório, chegamos à conclusão de que: uma vez conferida pela Constituição e pelo Código de Processo Penal a iniciativa da ação penal pública ao Ministério Público e da ação penal privada ao ofendido ou a quem tiver legitimidade para representá-lo (art. 129, I, da CF, e art. 30 do CPP), assegurados ao réu o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o direito de ser processado perante autoridade competente (art. 5º, LIII, LIV e LV, da CF), instituída está a perfeita repartição das funções processuais, restando bem definida a legitimidade de acusação, de defesa e de julgamento da ação penal. Assim, apesar da existência de hipóteses em nosso ordenamento jurídico, notadamente no próprio Código de Processo Penal, em que o julgador interfere, sem sombra de dúvidas, no *jus accusationis* (*verbi gratia*: art. 5º, II, do CPP; art. 28 do CPP; arts. 383 e 384 do CPP; art. 408, § 4º, do CPP; art. 574, I, do CPP; arts. 574, II, e 411 do CPP e art. 746 do CPP), estas que servem, efetivamente, para mitigar o princípio acusatório, merecendo ademais ser expurgadas de nosso sistema processual penal, para o fim de se preservar a efetiva legitimidade dos titulares da ação penal, em resguardo à completa imparcialidade do julgador, certo se faz que mencionados poderes conferidos ao juiz encontram amparo na concepção moderna de socialização do processo penal, constituindo este, no entendimento da atualidade, não só um meio de solução dos conflitos de interesses perpetrados entre as partes, mas também o fim de se obter a desejada pacificação social, para a qual o Estado deve propugnar até mesmo com a ingerência do Judiciário nas funções que não lhe são essencialmente destinadas.

6. A despeito da violação de algumas normas infraconstitucionais à indispensável preservação da indeclinável imparcialidade do julgador, não apenas nas hipóteses supramencionadas de inversão aparente de iniciativa da ação penal, mas também a respeito da ingerência do magistrado na tarefa essencialmente das partes acerca da produção de provas necessárias a instruir a persecução penal (*exempli gratia*: art. 10, §§ 1º e 3º, do CPP; arts. 156 e 209 do CPP; art. 311 do CPP), certo se faz que, uma vez assegurada pela Constituição a intenção de destinação a pessoas distintas das funções essenciais do processo, garantida por normas constitucionais a implementação no processo penal dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do estado de inocência, da prova legal e do





juiz natural, em consonância com a publicidade dos atos processuais e forte tendência de adoção da oralidade nos procedimentos judiciais, dúvidas não restam de que nos encontramos diante de um sistema processual de verdadeira aparência acusatória, em franco amadurecimento de todo o ordenamento jurídico, que, mais cedo ou mais tarde, haverá de ceder aos anseios democráticos do verdadeiro sistema acusatório efetivo, que já se faz apregoado em todos os sentidos pelo espírito constitucional, que aos poucos vai envolvendo toda a sistemática processual moderna.

7. Salta aos olhos, até mesmo do observador menos avisado, o acolhimento constitucional dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, no processo penal, o maior indicativo de inobservância de tais princípios encontra-se justamente nas regras pertinentes ao inquérito policial (arts. 4º e segs. do CPP). Destarte, não assiste razão àqueles que alegam que o inquérito policial não se sujeita à observância de tais princípios, por ser considerado *como "um procedimento investigatório de natureza administrativa"*[72], pois, conforme se depreende do próprio texto constitucional (art. 5º, LV, da CF), os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados também nos processos administrativos. Da mesma forma, a alegação de que *"não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que haja um caso de difícil elucidação"*[73], *permissa venia*, não serve a sustentar o desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano amparados pela norma constitucional, pois não se devem debitar aos indiciados as eventuais debilidades do Estado no exercício de seu potencial dever de investigar as infrações penais.

8. A não-observância da publicidade no inquérito policial (art. 20 do CPP), em verdade, não representa violação efetiva ao princípio da publicidade preconizado na Constituição Federal, visto que, do respectivo diploma constitucional (art. 5º, LX, da CF), não se extrai a obrigatoriedade de observância de tal princípio nos procedimentos administrativos, mas somente nos "atos processuais" propriamente ditos, o que é aliás explicável, dada a necessidade de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF). De efeito, apesar de constituir a publicidade um dos pilares de estruturação do sistema acusatório, não se pode dizer que as exceções criadas pela Carta Magna e pelo Código de Processo Penal, por conta da denominada Publicidade Restrita, sirvam para desnaturar o processo acusatório preconizado pelo ordenamento constitucional, porquanto as exceções admitidas, em verdade, são feitas em consonância sistemática com o princípio da proporcionalidade, através do qual, somente nas situações pertinentes à preservação de outros direitos fundamentais, se admite, sem risco inaceitável para o sistema, a não-aplicação na íntegra da Publicidade Plena.

---

72 JARDIM, Afrânio Silva. Ob. cit., p. 45.
73 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 151.

9. Enfim, restou evidenciado ainda que o processo penal brasileiro não adotou a oralidade como regra, mas sim como exceção, pois depreende-se de forma cristalina do Estatuto Processual Penal pátrio a predominância das regras do procedimento escrito. Portanto, em nossa sistemática processual penal vigente, em verdade, vigoram princípios manifestamente opostos ao processo oral idealizado pelo sistema acusatório, não se exigindo, pois, a concentração dos atos processuais, nem tampouco a imediação e identidade física do julgador. Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez previsto o "Procedimento Oral" para os então denominados "Juizados Especiais" (artigo 98, inciso I, da CF), ao propiciar a edição legislativa da Lei nº 9.099/95, com introdução efetiva das regras pertinentes ao sistema oral no processo penal pertinente aos "Crimes de Menor Potencial Ofensivo", demonstrou o legislador constituinte a vontade inequívoca de adoção efetiva da oralidade em coerência com o sistema acusatório constitucionalmente idealizado.

Por derradeiro, registre-se que, diante de todas as análises realizadas durante o desenvolvimento deste trabalho, à vista das conclusões acima enunciadas, podemos afirmar que, em verdade, o ordenamento processual penal brasileiro vive hoje a realidade de possuir um sistema acusatório com iniciativa da ação penal preponderantemente pública, com repartição de funções e imparcialidade do julgador apenas de natureza formalmente acusatória, de observância garantista, mas mitigada dos princípios da ampla defesa e do contraditório, diante de uma publicidade potencialmente restrita e oralidade manifestamente imperfeita.

Enfim, adotamos em nosso País apenas um aparente sistema acusatório, manifestamente distante dos princípios acusatórios propriamente ditos, mas temos a esperança de que, com a implementação de nova legislação processual penal, notadamente de um novo Código de Processo Penal mais afinado com as pretensões acusatórias prelecionadas por nossa Constituição Federal, haveremos de atingir algum dia os anseios de um processo penal realmente democrático, dotado de garantias essenciais aos direitos fundamentais dos seres humanos e de preservação da soberania do Estado em prol da tão desejada pacificação social.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


1. ABREU, Florêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. 5. *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, ob. cit., p. 62.

2. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Ensenanzas y sugerencias acerca de la acción", *in Estudios de Derecho Procesal en honor* de HUGO ALSINA, 1946.







3. BITTENCOURT, Lúcio. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v.1.

4. BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes , 1991.

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

6. CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

7. CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*.São Paulo: RT, 1995.

8. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

9. GOMES COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal aleman: introduccion y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985. *Apud* PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. [S.l.:] Lumen Juris, 1999. p.105.

10. GOMES, Luiz Flávio. "Notas sobre a justiça penal espanhola", São Paulo: *in Revista dos Tribunais*. [S.d.].

11. GONZADA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

12. GRAU, Joan Vergé. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch, 1994.

13. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

14. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

15. _____. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación com los sistemas de enjuiciamiento argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1978. *Apud* PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. [s.l.:] Lumen Juri, 1999.

16. MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1951.

17. _____. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: [s.n.:s.d.]. Tomo I.

18. MARICONDE, Vélez. *Estudios de Derecho Processal Penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba , 1956.

19. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 1.

20. MELENDO, Santiago Sentís. *In Revista de Derecho Procesal*, v. I, parte II.

21. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade da instrução criminal*. (S.l.: s.n.), 1937.

22. MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. (S.l.: s.n.)1945.

23. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

24. _____. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

25. MORATO, Francisco. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. Cap.: "A oralidade".

26. NAVARRETE, Antonio María Lorca. *El proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: una propuesta para preterir el modelo inquisitivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Dykinson, 1997.

27. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

28. ORBANEJA, Emílio Gomez. QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho Procesal Penal*. 6ª. ed., Madrid: [:s.n.], 1968.

29. PERCHINUNNO, Vicenzo. *Percosi di procedura penale: dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996.

30. POLANSKY, Nicola. "La procédure criminelle technique", *in Scritti in onore* de ENRICO FERRI. [S.l.:s.n.], 1929.

31. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. [S.l.:] Lumen Juris, 1999.

32. REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1956.

33. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

34. RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1985. v.1.

35. RUSCONI, Maximiliano A. "Luces y xombras en la relación 'politica criminal'-Ministério Público". *Ministério Público: Revista Latino Americana de Política Criminal*. Buenos Aires, v.2, 1997.





36. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

37. _____ .*Curso de processo penal*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

38. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v.1.

39. TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

40. VELASCO, M. I. Garcia. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1969.

-:::-

# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1. CORTE SUPERIOR

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PARA PROVIMENTO DE CARGOS NA ÁREA ADMINISTRATIVA - OFENSA AOS ARTS. 21, § 1º, E 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PROPOSITURA DA AÇÃO CONTRA O ALCAIDE E NÃO CONTRA O MUNICÍPIO - IRREGULARIDADE - INEXISTÊNCIA**

**- O fato de a ação direta de inconstitucionalidade haver sido proposta contra o alcaide e não contra o município não constitui irregularidade capaz de invalidar o processo, até mesmo porque o prefeito representa o município, a teor do artigo 12, II, do *Codex* Instrumental.**

**- É de se declarar inconstitucional lei municipal que autoriza o Poder Executivo a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do município, por violar disposições constantes dos artigos 21, § 1º, e 22 e seu parágrafo único, da Constituição Mineira, mormente se, ainda que se admita que tal designação seja para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, não determina ela o tempo da contratação, consoante exigência inserta no artigo 22 do aludido diploma constitucional, como, também, a Lei Federal nº 8.745, de 9/12/93, que deve servir de norte para os Estados e Municípios. Sob aspecto outro, releva considerar que a legislação em referência e hostilizada não pode estender às funções de magistério o instituto da contratação temporária, à vista da vedação contida no parágrafo único do supracitado artigo 22 da Lei Maior Estadual.**

**- VV.vv.: - Correta, porquanto constitucional, é a lei municipal que autoriza o Poder Executivo a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do município se a expressão "até decisão final pela Justiça", dela constante, deixa muito clara a temporalidade dos respectivos contratos, não precisando, para tanto, prazo determinado, mas tão-somente prazo condicionado a futuro incerto.** *(Desembargadores José Brandão de Resende, Fernandes Filho, Paulo Tinôco, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Antônio Hélio Silva* e *Kelsen Carneiro)*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 121.054/1 - Comarca de Lajinha - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Lei municipal autorizando o Poder Executivo a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Lajinha - Não-determinação do tempo da contratação - Violação dos artigos 21, § 1º, 22 e parágrafo único, da Constituição Mineira - Inconstitucionalidade - Procedência.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E JULGAR PROCEDENTE, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES PRIMEIRO REVISOR, SEGUNDO REVISOR, PAULO TINÔCO, SÉRGIO LELLIS SANTIAGO, FRANCISCO FIGUEIREDO, CORRÊA DE MARINS, HUGO BENGTSSON, ANTÔNIO HÉLIO SILVA E KELSEN CARNEIRO.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 1999. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Comissão Executiva do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, PMDB, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 840, de 19 de dezembro de 1997, que "dispõe sobre autorização de designação temporária de pessoal e dá outras providências".

Em suas informações, o Sr. Prefeito Municipal de Lajinha argúi preliminares, que, todavia, não estão a merecer acolhida, *venia data*.

Com efeito, o fato de a presente ação haver sido proposta contra o Alcaide e não contra o Município de Lajinha não constitui irregularidade capaz de invalidar o processo, mesmo porque o prefeito representa o município, a teor do artigo 12, II, do *Codex* Instrumental.

Lado outro, ao contrário do que se proclama, os dispositivos constitucionais, supostamente violados, restaram devidamente indicados, bastando, para tal comprovação, um simples lançar d'olhos, à fl. 03 da exordial.

Não há que se falar em pedido juridicamente impossível e, muito menos, em inépcia da inicial e no seu indeferimento.

Diante disto, rejeito as preambulares suscitadas.

*Os Srs. Desembargadores José Brandão de Resende, Fernandes Filho, Monteiro de Barros, Paulo Tinôco, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Alves de Andrade e José Arthur* - De acordo.

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Quanto ao mérito, penso que procedência está por merecer a pretensão, aqui, manifestada.

Explícita é a Constituição do Estado de Minas Gerais ao preceituar que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre de nomeação e exoneração" (artigo 21, § 1º).

Já o artigo 22 da Carta Estadual deixa claro que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Pela análise do feito, observo que, em sede de ação popular, o MM. Juiz da Comarca de Lajinha houve por bem conceder a liminar, naquela oportunidade rogada, suspendendo concurso público engendrado pela Administração Municipal, que visava à admissão de servidores, sendo que o referido processo pendente se encontra de decisão final.

Por conseguinte, adveio a Lei Municipal nº 840/97, a autorizar o Poder Executivo "a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Lajinha, MG, até decisão final nos autos da ação popular em trâmite perante o Juízo da Comarca de Lajinha, Estado de Minas Gerais, Processo nº 2.762/97".

Na hipótese vertente, mesmo que se entendesse a designação procedida como sendo para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, noto que a Lei nº 840/97 não determinou o tempo da contratação, conforme exige o transcrito artigo 22 da Constituição Mineira, como também a Lei Federal nº 8.745, de 9/12/93, "que deverá servir de norte para os Estados e Municípios", consoante o magistério do inolvidável HELY LOPES

MEIRELLES, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª edição, Malheiros Editores, p. 382.

Bem esclareceu a questão a ilustre Procuradora de Justiça, Drª. Selma Maria Ribeiro Araújo, ao assinalar, em seu acreditado parecer de fls. 80/84:

"Ora, '*até decisão final...*' não é, *d.m.v.*, prazo determinado que autoriza a contratação por tempo determinado; principalmente levando em consideração que a tramitação de um processo pode ser prorrogada através de inúmeros recursos colocados à disposição das partes pelo CPC, além de outros meramente protelatórios, que podem eternizar o trânsito em julgado de qualquer decisão, isto sem contar a própria morosidade da Justiça".

E ainda, escorreitamente, afirma o órgão ministerial:

"Ademais, o art. 2º da referida Lei nº 8.745/93 enumera as situações que podem ser consideradas 'de necessidade temporária de excepcional interesse público', não se enquadrando naquelas hipóteses a ocorrida no Município de Lajinha".

Sob outro aspecto, não poderia a legislação, ora hostilizada, estender às funções de magistério o instituto da contratação temporária, haja vista a vedação contida no parágrafo único do artigo 22 da Lei Maior Estadual.

Inconstitucional, portanto, é a lei municipal sob enfoque, por violar as disposições constantes dos artigos 21, § 1º, 22 e seu respectivo parágrafo único, da Constituição Mineira.

Ao deduzido, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, julgo procedente o pedido inicial e declaro a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 840, de 19/12/97.

Façam-se as comunicações de praxe, ao tempo devido.

Custas, *ex lege.*

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - Sr. Presidente. Em que pese ao brilhante voto do eminente Relator e ao parecer da douta Procuradora, tenho convicção contrária ao ponto de vista aqui sustentado.

Todos nós temos conhecimento do problema surgido em Lajinha.

Vários processos passaram pelas minhas mãos em que o Prefeito anulou o concurso e colocou na rua vários funcionários e, logo em seguida, a Prefeitura entrou com uma ação civil para ter garantida no Judiciário a sua decisão com a declaração da nulidade do concurso em que estes servidores foram aprovados, e que lhes deu acesso ao cargo da Prefeitura.

Então, evidentemente, com isso surgiu o fenômeno da necessidade do emprego público, porque não se podia parar a máquina pública em hipótese alguma. Seria um atraso no Município, um prejuízo grave que a Municipalidade iria sofrer com esta omissão do Prefeito.





Ele então teve este recurso garantido pela Constituição.

A questão do prazo, colocada na própria lei que dispõe "até decisão final pela Justiça", deixou muito clara a temporalidade destes contratos e justificada por aquela necessidade. Não precisava de um prazo determinado, mas de um prazo condicionado a futuro incerto, apenas não se sabendo quando. Se fosse contratar por período e renovando, renovando, renovando..., seria um ato que, *data venia*, complicaria a Administração Pública, que teria que renovar de tanto em tanto os contratos.

Mesmo porque, vamos imaginar que se renovasse o contrato para mais dois anos e viesse a decisão final antes desse prazo, a pessoa teria contrato firmado para mais estes dois anos, enquanto a decisão sairia antes deste prazo.

Acho que está correta a lei e não vejo nenhuma inconstitucionalidade, pedindo vênia ao eminente Relator e também com todo respeito ao parecer da Procuradoria de Justiça.

Entendo que ela é constitucional e julgo improcedente o pedido.

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Sr. Presidente. Diante da divergência aqui instalada, peço vista.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES. O DES. RELATOR DEU PELA PROCEDÊNCIA; E O DES. PRIMEIRO REVISOR, PELA IMPROCEDÊNCIA. PEDIU VISTA O DES. SEGUNDO REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Presidente (Des. Lúcio Urbano)* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25/08/99, a pedido do Segundo Revisor, após rejeitadas as preliminares e o Relator votar pela procedência e o Primeiro Revisor pela improcedência do pedido.

Com a palavra o Des. Fernandes Filho.

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Senhor Presidente. Pedi vista dos autos diante da divergência verificada entre o voto do Relator e o do Primeiro Revisor, respectivamente, Des. Isalino Lisbôa e Des. José Brandão de Resende. Do exame que fiz, peço *venia* ao eminente Relator para acompanhar o eminente Revisor.

Creio que os dispositivos apontados como portadores da pecha de inconstitucionalidade inconstitucionais não são, na medida em que o Prefeito Municipal de Lajinha, em virtude de liminar concedida em ação popular, ficou impedido de realizar o concurso público cujo edital já estava publicado.

S. Exa. não viu outra alternativa, sob pena de paralisação da máquina administrativa, senão solicitar e obter autorização, através de lei, para designação de funcionários a título precário.

A circunstância de não haver prazo ou limitação de tempo para o

exercício dessa faculdade também não me impressiona, *data venia*, na medida em que ela, como está expressa na lei, vigorará até decisão final da ação popular já mencionada.

Por essa razão, com respeitosa *venia* ao eminente Relator, acompanho o eminente Primeiro Revisor, Des. José Brandão de Resende.

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - Acompanho o eminente Revisor.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - Sr. Presidente. Diante da circunstância especial do impedimento da realização do concurso em decorrência da ação popular, é evidente que a Administração Municipal não poderia ficar manietada, precisava de uma solução emergencial, que foi encontrada na Lei nº 840/97, e nessa lei, em seu art. 4º, está escrito: "Cessado o impedimento para ultimar a realização do concurso público, terá o Poder Executivo o prazo de 90 dias para sua realização", ou seja, já existe a previsão de retomada do concurso tão logo cesse a causa momentânea do seu impedimento.

Assim também, *data venia* do eminente Relator, acompanho o eminente Primeiro Revisor e o Des. Fernandes Filho.

*O Sr. Des. Francisco Figueiredo* - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - O DES. SEGUNDO REVISOR E OS DESEMBARGADORES PAULO TINÔCO E SÉRGIO LELLIS SANTIAGO DERAM PELA IMPROCEDÊNCIA. PEDIU VISTA O DES. FRANCISCO FIGUEIREDO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Presidente* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 25/08/1999, a pedido do Segundo Revisor, após rejeitadas as preliminares e o Relator votar pela procedência e o Primeiro Revisor pela improcedência do pedido.

Em 08/09/1999, pediu vista o Des. Francisco Figueiredo, após o Segundo Revisor e os Desembargadores Paulo Tinôco e Sérgio Lellis Santiago darem pela improcedência.

Com a palavra o Des. Francisco Figueiredo.

*O Sr. Des. Francisco Figueiredo* - Pedi vista destes autos na sessão anterior, para melhor exame da matéria, tendo em vista a divergência manifestada nos votos que me precederam.

E, assim fazendo, agora numa altitude maior, peço vênia ao eminente Relator, para acompanhar o Des. Revisor e os que se lhe seguiram.

De igual forma, não vislumbrei no texto impugnado a apontada inconstitucionalidade.

Se a Administração se viu tolhida de realizar concurso público para contratação de funcionários, em virtude de liminar concedida em ação popular, outra alternativa não lhe restou, senão providenciar autorização para contratação temporária de funcionários, sob pena de provocar solução de continuidade da atividade administrativa local.





E não se diga que a mesma, não definindo o prazo das contratações, violou princípios constitucionais.

Entendo que tal prazo foi, sim, definido no texto legal, na previsão nele contida, de que tais contratações perduram até a decisão final a ser proferida na mencionada ação popular.

Assim, com renovada vênia, acompanho o Revisor, para julgar improcedente o pedido.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Sr. Presidente. Tive acesso às peças que a mim foram remetidas e cheguei à conclusão de que o voto do eminente Relator é inatacável, na prática, principalmente; talvez tenha pecado no fato, na teoria.

Se nós abrirmos o precedente de deixar o Prefeito Municipal ingressar com uma ação popular e depois fazer contratações temporárias até o julgamento final daquela, ele passará todo o mandato com contratações temporárias. Ele fraudará indiretamente a Constituição Federal e a Constituição Estadual e fraudará também a Lei Orgânica Municipal.

Tenho para mim que isso foi, com a devida vênia, um golpe do Prefeito para furtar-se aos mandamentos constitucionais. Ele entrou com uma ação popular e passou a fazer contratações temporárias até o julgamento final dela. E Deus sabe quando terminará, se se for usar todos os recursos que a lei adjetiva permite. Pelo menos no mandato dele e no do seu sucessor, ele estará vacinado para não fazer mais concurso público e gerir a Prefeitura, apenas, e tão-somente, com os contratados temporários.

Por isso, peço vênia aos demais e acompanho o voto do eminente Relator.

*O Sr. Des. Bady Curi* - Sr. Presidente. Também estou acompanhando o Relator, *data venia* daqueles que têm entendimento contrário.

*O Sr. Des. Guido de Andrade* - Com o Relator.

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* - Com o Primeiro Revisor, *data venia*.

*O Sr. Des. Murilo Pereira* - *Data venia*, com o Relator.

*O Sr. Des. Hugo Bengtsson* - *Data venia*, estou acompanhando o eminente Primeiro Revisor.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Com o Relator, *data venia*.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - *Data venia*, com o Primeiro Revisor.

*O Sr. Des. Paulo Medina* - Com o Relator.

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - *Data venia*, com o Relator.

*O Sr. Des. Odilon Ferreira* - Com o Relator, *data venia.*

*O Sr. Des. Garcia Leão* - Também com o Relator.

*O Sr. Des. Campos Oliveira* - Com o Relator, *data venia.*

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - *Data venia*, com o Primeiro Revisor.

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - Com o Relator.

*O Sr. Des. José Arthur* - Com o Relator.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E JULGARAM PROCEDENTE, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES PRIMEIRO REVISOR, SEGUNDO REVISOR, PAULO TINÔCO, SÉRGIO LELLIS SANTIAGO, FRANCISCO FIGUEIREDO, CORRÊA DE MARINS, HUGO BENGTSSON, ANTÔNIO HÉLIO SILVA E KELSEN CARNEIRO.

-:::-

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL ESTABELECENDO REPASSE AUTOMÁTICO DE RECURSOS FINANCEIROS AO LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE - AFRONTA AOS ARTIGOS 161, IV, E 162 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

**- É inconstitucional a lei municipal que estabelece repasse automático de recursos financeiros à câmara de vereadores para as próprias despesas, por contrariar normas expressas da Constituição Estadual (artigos 161, IV, e 162 da CE), sendo que cabe ao prefeito a gerência das finanças municipais, que estão sob sua responsabilidade.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 130.055/7 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal estabelecendo repasse automático de recursos financeiros ao Legislativo - Inconstitucionalidade - Afronta aos artigos 161, IV, e 162 da CE - Pedido procedente. - É inconstitucional lei que estabelece repasse automático de recursos financeiros à câmara de vereadores para as próprias despesas, por contrariar norma expressa da Constituição Estadual, sendo que cabe ao prefeito a gerência das finanças municipais, que estão sob sua responsabilidade.

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 JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.





Belo Horizonte, 08 de setembro de 1999. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Campos Oliveira* - Ao relatório contido no r. despacho de fls. 24/25, acrescento que o em. Desembargador de plantão deferiu a liminar, sem submeter seu despacho ao *referendum* da eg. Corte, o que ocorreu, posteriormente, por iniciativa minha, com a concordância da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Citada, a Câmara Municipal de Barroso nada alegou.

Novamente ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

A Proposição de Lei nº 280/98 foi vetada pelo Sr. Prefeito Municipal de Barroso, mas promulgada pelo Sr. Presidente da Câmara, transformando-se na Lei nº 1.655/98, que "Regulamenta o Sistema de Transferências de Recursos Financeiros para o Poder Legislativo". E tem razão o autor, quando diz que a citada lei afronta o art. 161, IV, e o art. 162 da Constituição Mineira.

Com efeito, o art. 161 da CE veda a vinculação de receita do imposto a órgão, fundo ou despesas, feitas as ressalvas que aponta e que não se aplicam à espécie (inciso IV). E o art. 162 disciplina o repasse de dotações orçamentais, em duodécimos, aos órgãos que define, o que é contrariado inteiramente pela lei acoimada de inconstitucional, que, por isso, não merece subsistir no mundo jurídico.

A matéria em discussão não é nova nesta eg. Corte Superior, como se vê do julgamento da ADIN nº 25.032/4, de Lima Duarte, oportunidade em que o em. Des. Caetano Carelos, Relator, assim se pronunciou:

*"Verifica-se que o art. 1º da indigitada lei municipal visou garantir à Câmara o repasse automático dos recursos financeiros destinados à cobertura de suas despesas. Porém, ao fazê-lo, autorizou a retenção bancária da parcela devida ao Legislativo, com o que estabeleceu vinculação indireta da receita de impostos à satisfação das despesas da Câmara, visto que o Fundo decorre da participação do Município na arrecadação de impostos pela União. Ao Prefeito compete gerir as finanças municipais e a responsabilidade pela sua legal aplicação. Por isso que a manipulação desses recursos pelo Presidente da Câmara não deixa de representar indébita interferência do Legislativo na atuação do Chefe do Executivo, visto que na sistemática constitucional não há previsão de um superpoder em favor do Presidente da Câmara, como também não há para o Prefeito, que não pode deixar de repassar injustificadamente os recursos orçamentários próprios da Câmara, sob pena de crime de responsabilidade. É o Prefeito quem administra todo o dinheiro do Município, não havendo lugar para uma espécie de 'conta conjunta'".*

Quando da concessão da liminar, o em. Des. Aloysio Nogueira ressaltou:

"*A aparência do bom direito resta demonstrada com o exame dos dispositivos constitucionais mencionados, quais sejam, art. 161, inciso IV, e 162 da Constituição Estadual. Ao Prefeito cabe gerir as finanças municipais e a responsabilidade pela sua aplicação legal, não podendo existir repasse automático de recursos*" (fls. 24), o que está correto.

Isto posto, julgo procedente o pedido, para declarar inconstitucional a Lei Municipal nº 1.655/98, confirmando a liminar.

Façam-se as comunicações de praxe.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, José Arthur, Fernandes Filho, Paulo Tinôco, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Alves de Andrade e Pinheiro Lago.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO.

-:::-

**COMPETÊNCIA - CONFLITO - CÂMARA CÍVEL E CÂMARA CRIMINAL - HIPOTECA LEGAL - MEDIDA DO PROCESSO PENAL PARA GARANTIA DO VALOR DAS PENAS PECUNIÁRIAS E DAS CUSTAS PROCESSUAIS - SENTENÇA - NATUREZA CRIMINAL - APELAÇÃO PARA CÂMARA CRIMINAL - AUTUAÇÃO EM SEPARADO E EM APENSO NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL**

**- Contra a sentença criminal que decidiu sobre a especialização da hipoteca legal, em sua primeira fase, onde se discute a questão da especialização propriamente dita, cabe recurso de apelação junto a câmara criminal, posto que aquela é medida de processo penal, que serve de garantia do valor das penas pecuniárias e das custas processuais, tendo, pois, natureza criminal.**

**- O processo de especialização da hipoteca legal deve ser autuado em separado e apenso aos autos da ação penal e somente após o trânsito em julgado é que deverá ser remetido ao juízo civil para apuração das responsabilidades.**





CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL Nº 150.496/8 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. MONTEIRO DE BARROS

Ementa oficial: Conflito de competência - Hipoteca legal - Medida do processo penal para garantia do valor das penas pecuniárias e das custas processuais - Conflito procedente.

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 DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA.

Belo Horizonte, 23 de junho de 1999. - *Monteiro de Barros* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Trata-se de conflito de competência suscitado pela Segunda Câmara Cível deste Tribunal, quando do julgamento da Apelação Cível nº 95.551/8, que acolheu a preliminar de incompetência argüida pelo em. Relator, Des. Rubens Xavier Ferreira, que entendeu que o recurso interposto por Nilo Comarella, que tem como objeto sentença criminal prolatada em processo de especialização de hipoteca legal, seria de natureza criminal, como se vê pelo acórdão de fls. 160/168.

É de se ressaltar, de início, que a discussão dos autos se refere à primeira fase do procedimento da especialização da hipoteca legal, ou seja, discute-se a questão da especialização propriamente dita. Assim, contra a sentença criminal que decidiu sobre a especialização cabe o recurso de apelação junto a câmara criminal.

Vê-se nos autos que o recurso interposto por Nilo Comarella tem como objeto sentença criminal prolatada em processo de especialização de hipoteca legal, que é medida de processo penal que serve de garantia do valor das penas pecuniárias e das custas processuais; dessa forma, como já dito, o recurso cabível deve ser julgado por câmara criminal.

É do ensinamento de FREDERICO MARQUES que a hipoteca legal, na área processual penal, é um dos processos "destinados a garantir a indenização do dano *ex delito*, no juízo cível" (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, p. 412).

Dessa forma, somente após o trânsito em julgado do processo de especialização da hipoteca legal, que, diga-se, deve ser autuado e processado em separado dos autos da ação penal, ficando em apenso a este, é que os autos serão remetidos ao juízo civil para a apuração das responsabilidades.

Como bem destacou a douta Procuradora de Justiça, Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires, "não se trata, portanto, de execução civil de sentença penal, como advertiu o ilustre

Desembargador Pinheiro Lago ao acompanhar o Desembargador Relator que suscitou o conflito, já que se encontram os autos ainda na primeira fase do procedimento, quando se discute apenas a questão da especialização propriamente dita, matéria de cunho eminentemente criminal".

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito, devendo os autos ser remetidos à Segunda Câmara Criminal para o julgamento do feito.

Participaram do julgamento os Desembargadores Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, José Arthur, Fernandes Filho e Paulo Tinôco.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA.

-:::-

## DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO EM MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - FILHAS QUE PRETENDEM RETORNAR À CASA PATERNA - NATUREZA POSSESSÓRIA DO PEDIDO - ARTIGO 108, II, DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

**- Tratando-se de pedido de acomodação familiar, com sintomas de necessidade e de justiça, porém sem qualquer relação com herança, sucessão e inventariança, mas guardando estreita correlação com matéria possessória, em face do pedido de ingresso em imóvel residencial da família, não há negar que a competência para julgamento, em grau de recurso, na exata compreensão do art. 108, item II, da Constituição Estadual, é do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em face de encerrar questão de direito possessório.**

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 139.130/9 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

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 DAR PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 1999. - *Francisco Figueiredo* - Relator.





NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Francisco Figueiredo* - Trata-se de dúvida suscitada com o objetivo de determinar a competência para conhecer e julgar recurso de agravo, interposto nos autos de medida cautelar inominada requerida pelas agravadas em desfavor do agravante.

As requerentes, filhas do requerido-viúvo, pretendem voltar a residir com o mesmo, à alegação de que carecem de recursos financeiros para pagamento de aluguel de outro imóvel, razão pela qual ajuizaram medida cautelar inominada.

O ilustre Julgador deferiu a liminar, atendendo a pretensão das requerentes, com recurso de agravo pelo vencido.

Subiram os autos ao eg. Tribunal de Alçada, tendo a Quarta Câmara Cível declinado da competência para este Tribunal, a teor do disposto no artigo 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, ao entendimento de que se trata de questão referente a direito oriundo de herança, cujo inventário ainda não foi aberto.

Neste Tribunal, a Primeira Câmara Cível suscitou a presente dúvida, ao entendimento de que as autoras pleitearam sua entrada no imóvel, no qual reside o pai, não estando em discussão nos autos eventual direito de herança, não tendo sido sequer aberto o inventário, acrescentando que, para se discutir posse, não importa a forma de sua aquisição, pertenceria a competência ao eg. Tribunal de Alçada.

As requerentes da medida cautelar inominada pretendem voltar a residir com o pai, à alegação de que carecem de recursos financeiros.

A princípio, pensei tratar-se de relação de parentesco e o decorrente pedido de alimentos. Mas, como se extrai dos autos, o pleito não foi assim proposto.

Inicialmente, observo que as filhas do agravante já contavam, na data do pedido (junho de 1998), as idades de 28, 25 e 21 anos, respectivamente, sendo todas elas comerciárias.

Assim, em que pese a ser um pedido de acomodação familiar, com sintomas de necessidade e de justiça pelas filhas agravadas, também não escapa que a pretensão não tem qualquer relação com herança, sucessão e muito menos inventariança.

Observa-se, ainda, que os autos não indicam se o imóvel pertencia ou não ao casal, ou que se encontra em disputa através de partilha.

Em homenagem à verdade, o pedido guarda é estreita correlação com matéria possessória, em todas as suas cores, porquanto as agravadas, todas maiores e capazes, e a pretexto de dificuldades financeiras, apenas pleiteiam o ingresso em imóvel residencial da família e onde ainda reside o pai.

Por derradeiro, também é dado ver que a discussão não se ajusta às hipóteses de que se ocupa o art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Desarrazoada ou não a pretensão, não há a negar que a questão encerra direito possessório, cuja competência para julgamento, em grau de recurso, com toda certeza e na exata compreensão do art. 108, item II, da Carta Mineira, é do colendo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Em face do exposto, dou pela relevância da dúvida e resolvo-a pela competência do egrégio Tribunal de Alçada, para conhecer do feito, devendo ser os autos encaminhados à Quarta Câmara Cível daquele Sodalício, para sua apreciação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Alves de Andrade, José Brandão de Resende, José Arthur, Fernandes Filho, Monteiro de Barros, Paulo Tinôco, Sérgio Lellis Santiago e Sérgio Resende.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

-:::-

## 2. GRUPOS DE CÂMARAS

### 2.1. PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

**AÇÃO RESCISÓRIA - TUTELA ANTECIPADA - LIMINAR - POSSIBILIDADE - CABIMENTO EM CASO DE FRAUDE OU ERRO MATERIAL COMPROVADO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.212/91 - INTELIGÊNCIA - ERRO DE FATO - OCORRÊNCIA**

**- Nas ações rescisória e revisional, será cabível a concessão de liminar para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado (artigo 71, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91).**

**- Há erro de fato, embasador da rescisória, quando a sentença considera inexistente um fato efetivamente ocorrido (artigo 485, IX, § 1º, do CPC). Tendo a sentença admitido a ocorrência da revelia, embora a peça contestatória e o instrumento de mandato tivessem sido protocolados a tempo, porém extraviados dentro da secretaria judicial, conforme provam as certidões cartorárias, é de se acolher a rescisória com base no erro de fato.**





AÇÃO RESCISÓRIA Nº 110.806/7 - Comarca de Vazante - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Liminar nas ações rescisória e revisional - Cabimento em caso de fraude ou erro material comprovado - Erro de fato - Ocorrência. - "Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisória e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado" (art. 71, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.032/95 - *LEX*, 1995/776; *RF*, 330/517; *RDA*, 200/367). - Há erro de fato, embasador da rescisória, quando a sentença considera inexistente um fato efetivamente ocorrido (art. 485, IX, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Primeiro 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 JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS DESEMBARGADORES SÉRGIO LELLIS SANTIAGO, PINHEIRO LAGO E ABREU LEITE.

Belo Horizonte, 02 de junho de 1999. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo curador, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Cuida-se de ação rescisória de sentença acolhedora de ação investigatória de paternidade, c/c pensão alimentar, aplicando os efeitos da revelia, havendo um mandado de prisão expedido contra o autor da rescisória, por descumprimento da obrigação alimentar imposta na sentença rescindenda, prolatada no Juízo da Comarca de Vazante (fls. 35/37), transitada em julgado em 11/11/96 (fls. 38-v.).

Embasou-se, o pedido rescisório, no inciso IX e seu § 1º do art. 485 do CPC, alegando ter anexado a contestação à investigatória e o instrumento de procuração à carta precatória cumprida na Comarca de Patos de Minas, domicílio e residência do investigado, extraviada no Cartório da Comarca de Vazante.

Pediu a excepcional tutela antecipada, suspendendo a execução da sentença rescindenda e a anulação da sentença, só conhecida com a ordem de sua prisão, para se reabrir a fase instrutória, com novo julgamento.

Juntou indícios da prova dos fatos alegados, incluída a certidão cartorária de fls. 83.

O r. despacho de fls. 89, da lavra do então Relator, em. Des. Tenisson Fernandes, deferiu o benefício da assistência judiciária e a suspensão dos efeitos práticos da sentença rescinden-

da, sustando o decreto de prisão do autor rescindente, tendo em vista a certidão cartorária acostada à inicial (fls. 83), dando conta do extravio, dentro da Secretaria Judicial, da contestação apresentada pelo investigado.

A ré, através do Curador Especial, Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo, taxou de indevida a tutela antecipada deferida, *ex vi* do art. 489 do CPC, e negou a ocorrência de erro de fato, imputável ao Juiz, atribuindo ao investigado-autor da rescisória a culpa pelo extravio da carta precatória citatória, à qual se anexaram a contestação e o instrumento de procuração.

A eg. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela acolhida à rescisória (fls. 107/108 e 127/129).

Conheço da rescisória para lhe dar guarida.

Com efeito:

1. *Prefacialmente*, a despeito dos dizeres do art. 489 do CPC, é cabível a concessão de liminar nas ações rescisória e revisional, suspendendo a execução do julgado rescindendo ou revisando, no permissivo do art. 71, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.032/95, dispondo: "Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisória e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo e revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado" (*LEX*, 1995/776; *RF*, 330/517; *RDA*, 200/367). E o erro material está devidamente comprovado pelas certidões cartorárias de fls. 83 e 111.

2. *Meritoriamente*, está comprovado o erro de fato embasador do pedido rescisório do julgado, previsto no inciso IX e seu parágrafo 1º do art. 485 do CPC, eis que a sentença admitiu a ocorrência da revelia, mas sua peça de contestação e o instrumento de mandato, trazidos por cópia às fls. 112/114 desta rescisória, cujos originais, protocolados a tempo, foram extraviados dentro da Secretaria Judicial, como fazem prova as certidões cartorárias de fls. 83 e 111.

Assim, acolhendo os pareceres do douto Procurador de Justiça, Dr. José Pontes Júnior (fls. 107/108 e 127/129), julgo procedente a rescisória em apreço para cassar a sentença rescindenda e anular o processo investigatório da paternidade a partir da citação, processando-se a instrução do feito com a realização das provas acaso requeridas pelas partes, incluídas as periciais, testemunhais e o depoimento das partes envolvidas, prolatando-se, a final, nova sentença de mérito.

Custas, *nihil*, devolvendo-se ao autor o depósito efetuado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Antônio Hélio Silva, Garcia Leão, Páris Peixoto Pena, Fernandes Filho e Rubens Xavier Ferreira.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.





AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS DESEMBARGADORES SÉRGIO LELLIS SANTIAGO, PINHEIRO LAGO E ABREU LEITE.

-:::-

2.2. SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS ISOLADAS

## CONCURSO PÚBLICO - DEFEITO DE QUESTÕES - CONVALIDAÇÃO - ANULAÇÃO - ILEGALIDADE - AUSÊNCIA

**- Em concurso público de provas, não cabe ao Judiciário apreciar as questões, mas tão-somente o aspecto da legalidade do procedimento seletivo e das soluções de convalidação ou de anulação acaso dadas pela banca examinadora a alguma questão impugnada, em tratamento igualitário de todos os candidatos.**

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 142.128/8 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Concurso público - Defeito de questões - Convalidação e anulação - Soluções adequadas - Inocorrência de ilegalidade. - Em concurso público de provas, não cabe ao Judiciário apreciar as questões, mas tão-somente o aspecto da legalidade do procedimento seletivo e das soluções de convalidação ou de anulação acaso dadas pela banca examinadora a alguma questão impugnada, em tratamento igualitário de todos os candidatos.

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 DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 02 de junho de 1999. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - Raquel Tadeu de Lima Saúde impetrou mandado de segurança em tempo e modo regulares (fls. 02/51-TJ), questionando o ato de sua eliminação do concurso público realizado para provimento de cargos do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, e que seria resultante da convalidação da questão de número 30 (trinta) da prova objetiva eliminatória, que continha duas alternativas corretas e, por isso, ao seu ver, deveria ter sido anulada, como foi a questão de número 49 (quarenta e nove), que estava com idêntica irregularidade.

Salienta que, assim, ficou viola-

do seu direito líquido e certo, já que não assinalara nenhuma das duas alternativas consideradas corretas ("A"e "F"), sendo tal tratamento diferenciado inadmissível, perante as regras dos arts. 5° e 37, *caput*, da Constituição Federal.

As autoridades apontadas como coatoras, os Presidentes do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (fls. 56/59-TJ) e da Fundação Mariana Resende Costa - FUMARC - (fls. 62/65-TJ), prestaram as informações solicitadas e pediram a denegação da segurança, no que foram acompanhadas pelo parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 92/94-TJ).

Assim relatados, foi pedido dia para julgamento.

Realmente, não assiste razão à impetrante.

É claro que a espécie envolve apreciação relativa do Poder Judiciário, restrita que lhe fica a competência para somente apreciar o aspecto da legalidade do ato administrativo, a respeito do qual, também na fase administrativa, a impetrante produziu defesa e interpôs recurso.

As autoridades impetradas justificaram o procedimento adotado de anular uma questão, a de nº 49, sobre o exercício financeiro, na qual o vício detectado envolvia "*mais de cinqüenta por cento de opções certas*", ou seja, o total de três respostas possíveis (A, C e D) em cinco questões (fls. 58/59), atrapalhando o raciocínio de todos os candidatos e ensejando maior possibilidade de erro. A anulação, então, beneficiou-os a todos.

E mostraram também as impetradas, suficientemente, que distinto foi o engano da outra questão, a de nº 30, sobre atribuições do Tribunal de Contas, na qual havia apenas duas opções corretas (A e E) de cinco questões, correspondendo "*a menos de cinqüenta por cento das alternativas*", e, assim, "*dando mais chances aos candidatos*", a ponto de poder-se inferir que os que, como a impetrante, aí, "*assinalaram opções erradas*", revelaram "*total desconhecimento da matéria nela encerrada*" (fls. 57/58).

Tal raciocínio parece lógico e com razoável procedência, eis que levou ele, então, a banca examinadora a concluir que a questão nº comportava convalidação (juízo da conveniência e oportunidade), em tratamento igual para todos os candidatos e sob o manto da legalidade.

É a tal enfoque que há de se resumir a análise ensejada pelo mandado de segurança, em casos que tais, ou seja, conforme salientado no Supremo Tribunal Federal, "... *verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, dado que, se as opções adotadas pela banca (examinadora) foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente*" (RE nº 140.242/3-DF, Rel. Min. Carlos Velloso).

Idêntica é a visão retratada pelos pronunciamentos de outros tribunais, como:





"Concurso público. Pretensão de candidatos em ver declarada a nulidade de parte da prova. Inadmissibilidade, pois é defeso ao Poder Judiciário adentrar no exame de mérito das questões. Restrição ao exame da legalidade do procedimento administrativo" (TJDF-*RT*, 740/368).

"Administrativo. Concurso público. Judiciário. - Nenhuma lesão de direito individual ou coletivo pode ser furtada à apreciação do Poder Judiciário. No tocante aos concursos públicos, não se confundem os atos formais, regidos pela lei e as normas do edital, com as questões submetidas à apreciação dos candidatos. O Judiciário não corrige as questões postas pela banca examinadora" (RMS nº 7.241-RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Assim sendo, sob tais coordenadas e nos termos em que foi posta a impetração, não se configurou ofensa alguma a direito líquido e certo da impetrante, que pudesse merecer a chancela do excepcional remédio constitucional.

Razão por que denego a segurança.

Custas, pela impetrante.

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro* - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Raquel Tadeu de Lima Saúde argumentando que a sua desclassificação no concurso realizado para o cargo de Inspetor de Controle Externo lhe causou lesão a direito líquido e certo, tendo em vista que fora anulada a questão nº 49, que admitia mais de uma resposta correta, mas não se adotou o mesmo critério em relação à de nº 30, pois, se adotado, como seria de rigor, teria logrado classificação.

Os documentos trazidos com a inicial e as informações prestadas mostram que a impetrante foi desclassificada porque não conseguiu a pontuação suficiente, de vez que a questão nº 49 foi anulada por conter mais de cinqüenta por cento de alternativas possíveis para as respostas, diferentemente da de nº 30, em que somente duas em cinco eram corretas.

Assim, agindo os examinadores de forma certa, prejuízo algum sofreu a impetrante, pelo que não tem direito a ver-se classificada, desde que não alcançou o número de pontos suficientes, pelo que denego a segurança.

Custas, pela impetrante.

Participaram do julgamento os Desembargadores Carreira Machado, Almeida Melo, José Antonino Baía Borges, Herondes de Andrade, Bady Curi, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Cláudio Costa, Campos Oliveira, Isalino Lisbôa, Schalcher Ventura e Aloysio Nogueira.

*Súmula* - DENEGARAM A SEGURANÇA.

-:::-

3. CÂMARAS ISOLADAS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

**EXECUÇÃO FISCAL - REFORÇO DE GARANTIA - FAZENDA PÚBLICA - INFORMAÇÕES JUNTO AO BANCO CENTRAL DO BRASIL SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS OU DEPÓSITOS EM CONTA CORRENTE DO DEVEDOR - MEIOS DISPONÍVEIS PARA A OBTENÇÃO - NÃO-EXAURIMENTO - REQUISIÇÃO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE**

**- A Fazenda Pública deve diligenciar por si mesma, esgotando todos os meios de que dispõe, se deseja obter informações junto ao Banco Central do Brasil sobre contas correntes ou aplicações financeiras em nome do devedor, visando alcançar reforço de garantia em execução fiscal. A requisição de informações via judicial somente é admitida em casos excepcionais e quando comprovado que a exeqüente esgotou todos os esforços possíveis em tal sentido.**

AGRAVO Nº 123.818/7 - Comarca de Piumhi - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Prova - Requisição de informações, a pedido da Fazenda Pública do Estado, ao Banco Central do Brasil, sobre dados cadastrais de sociedade comercial e respectivos sócios, com o fito de obtenção de reforço de garantia, pela requerente, em execução fiscal que promove aos requeridos - Despacho indeferitório do pedido - Agravo a que se nega provimento - Existência de convênio entre o Ministério da Fazenda e Secretarias da Fazenda dos Estados, prevendo intercâmbio de informações, incluindo-se dados cadastrais e patrimoniais de contribuintes, que não chegou a ser acionado pela agravante.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 03 de agosto de 1999. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - Com interposição e processamento regulares, conheço do agravo, por via do qual manifesta a recorrente inconformismo com despacho indeferitório de seu pedido de requisição de informações ao Banco Central do Brasil sobre a existência de "depósitos em contas correntes, cadernetas de poupança e quaisquer outras aplicações financeiras e agências" em nome dos recorridos, para fim de obtenção de reforço de garantia em execução fiscal que lhes promove.

Não se pode, é verdade, concordar com os termos do despacho impugnado de que "não compete ao Poder Judiciário pesquisar e diligenciar em favor de uma das partes" e de que "cabe ao exeqüente indicar bens para serem penhorados". Disposições do Código de Processo Civil e jurisprudência, sobretudo ao seu art. 399, desmentem tal entendimento.

O que se exige, nas hipóteses como a retratada nos autos, é que a Fazenda Pública primeiro diligencie por si mesma, esgotando os meios de que disponha para a obtenção das informações de seu interesse. Uma vez exauridos comprovadamente os esforços em tal sentido, então excepcionalmente as informações podem ser requisitadas pela via judicial.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento do RE nº 191.961-SP, placitou tal entendimento com o seguinte enunciado: "A requisição judicial à Receita Federal, à TELESP, ao DETRAN para que informem sobre a declaração de bens do executado somente se admite em casos excepcionais, demonstrando que a exeqüente esgotou os esforços possíveis para obtê-los, com resultado infrutífero" (*DJMG* de 07/05/99).

Ora, no caso específico dos autos, não acionou a agravante mecanismo de que dispõe através de convênio existente entre o Ministério da Fazenda e Secretarias da Fazenda dos Estados, publicado no *DOU* de 30/03/88 e objeto do Protocolo ICMS nº 21/93, estabelecendo intercâmbio de informações, incluindo "dados cadastrais e patrimoniais de contribuintes e sócios". Por traslado de peça constante dos autos, vê-se que os executados têm dados de identificação perante a Receita Federal, possibilitadores daquela diligência (fls. 12 e 14-TJ).

Sendo assim, por ora não se justifica o intento de quebra de sigilo bancário dos agravados.

Nego provimento ao recurso.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - De acordo.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

**FALÊNCIA - *VIS ATTRACTIVA* - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA - TRIBUNAL DE ALÇADA - ARTIGO 108, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APLICABILIDADE**

**- Tratando a espécie de bens alienados fiduciariamente e que não foram arrecadados pelo juízo universal da falência por estarem onerados, sendo que, na fase de execução da ação de depósito, o feito transcorreu perante o juízo cível, em face da manifesta incompetência do juízo universal da falência, por se tratar de demanda ajuizada antes da quebra, não se vislumbra a *vis attractiva* do juízo falimentar, impondo-se a declaração de incompetência do Tribunal de Justiça para conhecer e julgar a matéria, deslocando-se a competência para o Tribunal de Alçada ou para órgão recursal dos juizados especiais, consoante disposição contida no art. 108, II, da Constituição Estadual.**

AGRAVO Nº 126.711/1 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA O EG. TRIBUNAL DE ALÇADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 04 de março de 1999. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Murilo Pereira* - Sr. Presidente. Coloquei este feito em mesa para dirimir questão de competência.

Depois de uma sinopse dos fatos, nas informações de fls. 224/225, o ilustre Juiz esclarece ter entendido que se "tratam de bens alienados fiduciariamente e que não foram arrecadados pelo juízo universal da falência por estarem onerados...".

Diante destes esclarecimentos, a toda evidência ressalta a incompetência deste eg. Tribunal de Justiça para apreciar e dirimir a espécie, como assinalado no r. parecer ministerial (fls. 259), que suscitou a preliminar de incompetência deste eg. Tribunal com indicação do eg. Tribunal de Alçada para aquele fim.

E razão assiste ao em. Procurador de Justiça, Dr. Alberto Vilas Boas, pois, "se a fase de execução da ação de depósito transcorre perante a Vara Cível - ante a declarada incompetência do Juízo universal da falência, por se tratar de demanda ajuizada antes da quebra -, o correto seria afirmar a competência recursal do Tribunal de Alçada e não do Tribunal de Justiça, por não haver qualquer pertinente à massa falida" (fls. 259).

Efetivamente, não se caracteriza no caso a *vis attractiva* do juízo falimentar, fato este que impõe a declaração de incompetência deste eg. Tribunal de Justiça para conhecer e dirimir a espécie, que se desloca para o eg. Tribunal de Alçada, a quem compete "julgar em grau de recurso causa não atribuída expressamente à competência do Tribunal de Justiça ou a órgão recursal dos juizados especiais" (art. 108, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais).

Por tais motivos, e em se tratando de incompetência absoluta, em razão da matéria, acolhe-se dita preliminar, para declinar da competência para o eg. Tribunal de Alçada, para onde os autos serão encaminhados, com as cautelas da lei e nossas respeitosas homenagens.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Schalcher Ventura.

*Súmula* - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA O EG. TRIBUNAL DE ALÇADA, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR.

-:::-

**COBRANÇA - DIFERENÇAS CONTÁBEIS - FAVORECIMENTO AO AUTOR - PERÍCIA - PEDIDO - DEFERIMENTO - RÉU - AGRAVO - NOME DOS ADVOGADOS - OMISSÃO - AGRAVADO - CONTRAMINUTA - APRESENTAÇÃO - DOCUMENTOS - AUTENTICAÇÃO - AUSÊNCIA - IRRELEVÂNCIA - ART. 526 DO CPC - DESCUMPRIMENTO - PREJUÍZO - INEXISTÊNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA**

**- A falta dos nomes dos advogados do agravado na petição do agravo deve ser desconsiderada, se o objetivo da lei foi alcançado, já que apresentada contraminuta pelo agravado na forma da lei.**

**- Mera ausência de autenticação em documentos não os torna inválidos em Juízo, se a parte, fundamentadamente, não impugna sua autenticidade nem aponta possíveis fraudes nas fotocópias apresentadas.**

**- A ausência de descumprimento do disposto no art. 526 do CPC não é inescusável e não gera a inadmissibilidade do agravo de instrumento, inexistindo previsão legal de penalidade por tal omissão, especialmente quando a falha não ocasionar nenhum dano processual, já que, onde não há prejuízo e onde a lei não determina expressamente a nulidade do ato viciado, não se deve declarar a sua imprestabilidade.**

**- Tratando-se de diferenças contábeis pretendidas em ação ordinária de cobrança a favor do autor, deve-se deferir a perícia por ele requerida, por ser seu o *onus probandi*, não podendo o réu se opor à sua realização.**

AGRAVO Nº 133.203/0 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação ordinária de cobrança - Perícia - Prova autorizada - Agravo contra o deferimento - Suspensividade negada.

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Cássio Roberto dos Santos Andrade.

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - Avia o Estado de Minas Gerais o presente agravo de instrumento contra a respeitável decisão do Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital, que, na ação ordinária que lhe move (e ao DER) Expresso Santa Luzia Limitada, deferiu a esta empresa o exame pericial requerido no regime de provas, o que o agravante considera inútil e desnecessário, eis que não haveria matéria de fato controvertida a se dirimir por perícia e, a outro lado, o deferimento operou-se com inversão da ordem processual. Pediu suspensividade e provimento do agravo, no mérito.

Negada a suspensividade do ato (fls. 61 e verso-TJ), contraminuta a agravada e levanta a inadmissibilidade do recurso, por incompleta indicação dos advogados da parte contrária, falta de autenticação de peças do processo e omissão de encaminhamento de cópia do agravo e demais peças para os fins do processamento; no mérito, adianta que a prova é essencial para a constatação dos danos alegados, assim necessária a perícia, como não atropelados os trâmites processuais. Quer a manutenção do exame técnico, com o improvimento do agravo de instrumento.

Há parecer ministerial, posicionando-se a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relato do necessário, conhecendo-se do agravo ante seus pressupostos legais, mas para desprovê-lo, a final, pelos motivos seguintes:

*Preliminares.*

*Falta de nomes dos advogados da agravada.* Se é certo que a indicação dos nomes dos advogados da parte contrária visa ao pleno exercício de defesa da agravada e à efetivação do contraditório, no caso, o objetivo da lei foi alcançado. Foi apresentada contraminuta pela agravada na forma e prazo de lei.

Rejeito a preliminar.

*Falta de autenticação de documentos.* Não é a mera ausência de autenticação de documentos que os torna inválidos em Juízo. Como já se decidiu:

"*A ausência de autenticação em documentos só é relevante se a parte, fundamentalmente, impugna a veracidade de que estão investidos*" (*JTA*, 117/448). A agravada não impugnou a autenticidade das cópias e/ou apontou onde estariam possíveis fraudes nas fotocópias apresentadas. Limitou-se a alegar sua falta de autenticação, mas não esboçou nenhum hipotético prejuízo processual com essa juntada. Alegar sem motivos ou alegar e não provar é a mesma coisa. Um nada jurídico. *Concessa venia.*

Rejeito também esta preliminar.

*Ausência de descumprimento do disposto no art. 526 do CPC. Venia concessa*, segundo comentários de THEOTÔNIO NEGRÃO, em seu *CPC Eletrônico Comentado*, 526:2: "*Se o agravante não providenciar, o juiz marcará prazo para que assim proceda. Ou, se for o caso...*". Nota-se que a falha não é inescusável. Por outro lado, não se esboçou ao menos onde estaria o prejuízo processual provocado pela falta do agravante. Onde não há prejuízo e onde a lei não determina expressamente a nulidade do ato viciado, não se deve declarar a imprestabilidade do referido ato. Outrossim, não há previsão legal de penalidade pela omissão.

Rejeito a preliminar.

*Mérito.*

Quanto ao mérito, entendo que a decisão agravada deve prosperar.

É que a questão não é somente de direito, como pretende nos fazer crer o agravante. Trata-se de diferenças contábeis pretendidas em favor da agravada. O *onus probandi* é seu, e sem a sua desincumbência a agravada certamente sucumbirá da sua pretensão. Demais disso, o custo da perícia é de quem a requer, no caso, da agravada, não podendo se opor a sua realização o agravante, Estado de Minas Gerais.

Nego provimento ao agravo.

Custas, pelo agravante.

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - Sr. Presidente. Em nome da instrumentalidade do processo, tenho adotado, nesta Câmara, posição que se coaduna com a adotada pelo eminente Relator, devendo acrescentar que, na espécie, o Estado, agravante, ainda apresentou cópia da petição inicial da ação em folha própria do escritório de advogado, contendo endereço e nome do seu principal titular e, além disto, juntou também, à folha 40 (quarenta) do processo, cópia da procuração da empresa agravada.

Rejeito, pois, as preliminares e, quanto ao mais, também acompanho o Relator.

Participou do julgamento o Desembargador Herondes de Andrade.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVI-

-:::-

## MEDIDA CAUTELAR - SUSPENSÃO DE COBRANÇA TRIBUTÁRIA - LIMINAR - CAUÇÃO - DEPÓSITO INTEGRAL E EM DINHEIRO - NECESSIDADE

**- Não se concede liminar em ação cautelar de suspensão de cobrança de tributo, malgrado o propósito de se evitarem danos de difícil e demorada reparação, se a caução prestada pelo contribuinte como garantia do crédito tributário não se concretiza com o depósito integral e em dinheiro do *quantum debeatur*.**

AGRAVO Nº 134.047/0 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial:

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 1999. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Murilo Pereira* - Conheço do recurso, aos seus pressupostos de admissibilidade, via do qual se insurge a agravante contra a r. decisão que, no alto da inicial de medida cautelar proposta pelo ora agravado, deferiu "a liminar para suspender a cobrança do tributo de que se trata, mediante prestação de caução do título discriminado na inicial, lavrando-se termo, tudo conforme requerido" (cf. fls. 11).

Apesar de seu aspecto de neutralidade em função da controvérsia, já que seu objetivo consiste em garantir o resultado prático e a eficácia ou efetividade da ação proposta, o *decisum* não há de prevalecer até decisão final desta, em face da lei de regência.

No propósito de evitar danos de difícil e demorada reparação, consubstanciados no *periculum in mora*, o MM. Juiz deferiu a liminar, como dito, além de ter como aparentemente indevido e ilegítimo o pagamento do ISSQN "sobre serviços que não constam na respectiva lista" (fls. 11).

Todavia, após regular instrução, exsurge o entendimento, já agora relacionado ao pleito de cassação da liminar, que nos termos da Súmula nº 112 do STJ, editada em consonância com a regra do art. 162, I, do CTN, "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro" (cf. fls. 04).

No mesmo sentido, os julgados trazidos à colação pela agravante, às fls. 05 e 06.

O agravo interposto não permite a análise e decisão da matéria questionada na cautelar, onde a controvérsia terá seu oportuno desate.

Na contraminuta (fls. 59/68), em síntese, o agravado argumenta no sentido de que foi acertada a r. decisão hostilizada, que deferiu liminarmente pleito seu, a dizer que se "não tivesse sido deferida a liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, este suposto débito já teria sido inscrito em dívida ativa, estando o agravado respondendo por uma execução fiscal de tributo indevido" (fls. 68).

Mas, e em que pese ao esforço de sua argumentação, *data venia*, razão não ampara sua pretensão, por ausência de lei expressa que legitime a suspensão de cobrança de tributo, mediante prestação de caução, "pela qual ofertou o agravado títulos da dívida pública, como garantia do crédito tributário, quando o instrumento legal para tal *desideratum* consiste em depósito integral e em dinheiro do *quantum debeatur*".

Como assinalou com propriedade o em. Procurador de Justiça, Dr. Mauro Flávio Ferreira Brandão, ao opinar pelo provimento do agravo, "o Código Tributário Nacional não prevê a oferta de títulos da dívida pública para a suspensão da exigibilidade de crédito tributário" (fls. 73).

Julgado neste sentido, que o *Parquet* trouxe à colação à fl. 74, consolidou o melhor entendimento no tocante, que está na Súmula nº 112 do STJ, já citada, a deixar claro e expresso que "só o depósito judicial em dinheiro, autorizado nos próprios autos da ação principal ou da cautelar, suspende a exigibilidade do crédito tributário" (fls. 74).

Por outro lado, resta claro, à luz do sol meridiano, que, na hipótese de execução fiscal, terá o agravado mecanismo em lei previsto para exercitar sua plena e ampla defesa.

Por tais motivos, e ao acolher em substância o r. parecer ministerial, dá-se provimento ao recurso para cassar a r. decisão recorrida (fls. 09).

Custas, pelo agravado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Schalcher Ventura.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## IMPOSTO - PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IMÓVEL INVADIDO - POSSE VINTENÁRIA - PAGAMENTO - POSSEIRO - RESPONSABILIDADE

**- É de se excluir do pólo passivo de execução fiscal com suporte em IPTU o proprietário de imóvel invadido por terceiros há mais de vinte anos,**

**porquanto, em tal hipótese, a responsabilidade pelo pagamento do referido imposto é do posseiro-invasor, mormente quando dos autos se tem notícia de que o proprietário, reiteradamente, comunicou aludido fato às autoridades administrativas competentes com pedido de providências, que baldaram em vão.**

AGRAVO Nº 137.666/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MONTEIRO DE BARROS

Ementa oficial: IPTU - Ação movida contra a proprietária - Bem ocupado por invasores - Inteligência do artigo 34 do CTN - Recurso 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de maio de 1999. - *Monteiro de Barros* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Província Carmelitana Santo Elias, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal, que, na execução fiscal que a Fazenda Pública Municipal move em face da ora agravante, indeferiu o pedido formulado pela executada no sentido de sua exclusão do pólo passivo da ação.

Alega a agravante que, há mais de vinte anos, não detém a posse do imóvel objeto da execução, por se encontrar o imóvel invadido. Aduz, ainda, que o artigo 34 do Código Tributário Nacional define como contribuinte do IPTU o "proprietário, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título", razão pela qual a execução teria que ser ajuizada contra aqueles que detêm a posse do imóvel. Pediu-se, em recurso, o efeito suspensivo à decisão atacada e, a final, seu provimento.

A agravante já insistiu junto ao Poder Público municipal no sentido de ficar reconhecida sua ausência de responsabilidade no recolhimento do imposto, porque invadido o imóvel, e dispor o artigo 34 do CTN que entre os que são obrigados ao pagamento do tributo se encontra o possuidor.

A invasão já remonta a mais de vinte anos, e a agravante, cuidadosamente, dirigiu correspondências ao Diretor-Presidente da Urbel no ano de 1992, comunicando-lhe o fato e, anteriormente, já fizera idêntica comunicação no remoto ano de 1977 ao Sr. Prefeito Municipal. Providência alguma foi tomada pelo poder tributante no sentido de apurar, através de seus fiscais, se o fato narrado pela proprietária do imóvel estava a ocorrer ou não. Preferiu o Município nada apurar e persistir na cômoda posição de exigir o tributo.





Ora, tal proceder é impróprio para o Município, do qual se espera apuração de um fato que foi levado a seu conhecimento há mais de vinte anos, sem qualquer resposta ao reclamante a respeito da cobrança do imposto.

O silêncio é resposta inadequada a um serviço público; daí estou a apoiar a lição do tributarista HUGO DE BRITO MACHADO no sentido de que "se há propriedade plena, em poder de alguém, este será o contribuinte. Se está fracionada a propriedade, nos dois domínios, o contribuinte será o titular do domínio útil. Finalmente, se a posse pertence a quem não tem nenhum dos dois domínios, o contribuinte será o posseiro. É que, havendo fracionamento da propriedade, desaparece a figura do proprietário, que só existe efetivamente quando todos os direitos de propriedade se encontram nas mãos de um só titular" (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Ed. Forense, 3ª edição, 1998, p. 80/81).

Assim, estando, segundo a executada, o imóvel em mãos de posseiro, este é que será o contribuinte do IPTU.

Dou provimento ao agravo para excluir a agravante do pólo passivo da execução fiscal que lhe é movida, ante a ausência de providências por parte do Município.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Schalcher Ventura.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**TABELIÃO - ATOS - DANOS A TERCEIROS - ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTS. 37, § 6º, E 236 DA CF - INTELIGÊNCIA - LEGITIMAÇÃO PASSIVA - EXCLUSÃO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE**

**- Os serviços notariais, não obstante sejam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, possuem natureza estatal, respondendo o Estado, objetivamente, pelos atos dos tabeliães que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (artigos 37, § 6º, e 236 da CF).**

**- Firmada a responsabilidade objetiva do Estado por atos de tabeliães que causem danos a terceiros, é o mesmo parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, não sendo correta a decisão que o exclui da relação processual.**

AGRAVO Nº 138.185/4 (em conexão com o de nº 137.704/3) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Administrativo - Estado - Responsabilidade - Tabelião - Legitimidade passiva reconhecida. - Embora exercidos os serviços notariais

em caráter privado, por delegação do Poder Público, responde o Estado, objetivamente, pelos atos dos notários que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, artigos 37, § 6º, e 236).

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 maio de 1999. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro* - Lauar & Rajão Comércio, Indústria e Representações Ltda., no Agravo de Instrumento nº 138.185/4, ataca a decisão proferida na ação de cobrança ajuizada contra Sérgio Miguel Cardoso, Tabelião Luiz Cardoso e o Estado de Minas Gerais, que excluiu o Estado de Minas Gerais da relação processual à consideração de que seria parte ilegítima (fls. 119/120-TJ), sustentando a agravante que, embora tratem os serviços notariais de serviços privados exercidos por delegação do Poder Público, a responsabilidade do Estado é indiscutível, segundo disposição dos artigos 37, § 6º, e 236 da Constituição Federal; que se trata a falida de interessada no caso porque sofreu o prejuízo; que a transação se realizou servindo-se o outorgado de procuração outorgada por nome fictício, incorrendo o tabelião em erro; que o Estado é responsável; que a doutrina e a jurisprudência nessa parte são uníssonas no entendimento de que, embora exercido em caráter privado, o Estado é responsável, tendo pedido o provimento do recurso (fls. 02/21-TJ). A petição foi instruída com cópias de peças processuais (fls. 122/124-TJ). Preparo regular (fls. 125-TJ).

A d. Juíza presta as informações (fls. 133-TJ), manifestando-se em contraminuta o agravado no sentido do desprovimento (fls. 139/143-TJ). O parecer da d. Procuradoria é pelo desprovimento (fls. 146/149-TJ).

Da mesma decisão o Estado de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento nº 137.704/3, interpõe recurso pedindo que se reforme o valor fixado na sucumbência (fls. 02/10-TJ). Instruiu o recurso com cópias de peças processuais (fls. 11/30-TJ).

O agravado responde em contraminuta argüindo preliminar de falta de um dos pressupostos do recurso, eis que o agravante não indicou as partes e seus procuradores, deixando de indicar todos os procuradores que atuam no processo, e no mérito no sentido do desprovimento (fls. 34/41-TJ). A d. Procuradoria se manifesta no sentido do desprovimento (fls. 76/78-TJ).

Examino primeiro o Agravo de





Instrumento nº 138.185/4, dada a sua prejudicialidade em relação ao outro e, fazendo-o, dele conheço, uma vez que se encontram presentes todos os pressupostos de sua admissibilidade.

A questão relacionada com a responsabilidade do Estado em face de ato praticado pelo tabelião que exerce função delegada tem sido amplamente debatida entre os doutrinadores e decidida pelos tribunais, sendo a posição predominante em sentido contrário ao da d. decisão agravada.

Com efeito, o Ministro Carlos Velloso, em decisão recentemente proferida, publicada no *Diário da Justiça da União* no dia 23/11/98, assim se pronunciou:

"Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Flávio Giron:

(...)

Deve-se ressaltar, entretanto, que a atividade desempenhada pela tabeliã, munida de fé-pública, destina-se a estabelecer a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos, sujeitando-se a ostensiva fiscalização pelo Juízo responsável, configurando-se, em decorrência, como uma função pública.

Assim, apesar de exercida em caráter privado, por delegação ao Poder Público, como acentuou o Ministro Celso de Mello (Recurso Extraordinário nº 178.236/6, *DJ* de 11/4/97), 'não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades', consoante o regime de direito público a que estão adstritas.

Nesse sentido, reiterada é a jurisprudência dessa Excelsa Corte, que considera os serventuários, titulares de cartórios e registros extrajudiciais, funcionários públicos em sentido amplo, como se depreende do excerto abaixo transcrito:

'A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em conseqüência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais: a) da reserva de competência impositiva, b) da legalidade, c) da isonomia, e d) da anterioridade'.

Precedentes. Doutrina.

*Serventias extrajudiciais.*

'A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de

estabilidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público.

A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada 'em caráter privado, por delegação do Poder Público' (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa.

As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas 'a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos' (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos (Ementa, ADIMC - 1378, *DJ* de 30/05/97) (grifamos).

Deste modo, não há que se olvidar a responsabilidade objetiva do Estado do Paraná, constatada a natureza pública da função exercida pela tabeliã, típica servidora pública, albergada, conseqüentemente, pela norma constitucional do artigo 37, § 6º, que lhe assegura responder regressivamente pelo dano causado a terceiro.

Ademais, a vontade colimada pela norma constitucional supramencionada é assegurar ao particular o restabelecimento de seu direito, que o agente público venha a lesionar, nessa qualidade, devendo o Estado, deste modo, comprovar a culpa ou dolo da vítima do evento danoso, como enuncia, aliás, a teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração, que, reconhecendo a supremacia do ente estatal, compensa o particular exigindo-lhe apenas a demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano, obrigando o Estado a evidenciar a sua culpabilidade.

Assim, apresenta-se descabida a tese da subsidiariedade da responsabilidade, agitada no extraordinário em face da denunciação da lide e condenação do agente estatal pelo v. acórdão recorrido, pois aceitá-la, eximindo o Estado de sua responsabilidade, seria onerar o particular, vítima do dano.

Isto posto, opina o Ministério Público Federal, por seu órgão, pelo não-conhecimento do recurso (...)' (fls. 445/447).

Correto o entendimento.

A melhor doutrina - por todos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 5ª edição, p. 121 e segs. - a respeito dos agentes públicos, que são aqueles que servem ao Estado, Estado com o sentido de Poder Público, exercendo funções estatais, classifica tais agentes públicos em: a) agentes políticos, b) servidores públicos e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. Nesta última categoria, estão aqueles que, 'sem perderem sua qualidade de particulares, portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para o serviço militar), exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico', leciona Celso Antônio, que inclui nessa categoria 'os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como é o caso dos notários, *ex vi* do art. 236 da Constituição' (ob. cit., p. 125).





No mesmo sentido, confiram-se: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 10ª ed., Ed. Atlas, 1998, p. 357; DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 48; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 23ª ed., p. 79, que denominam os serventuários de ofícios não estatizados de agentes delegados.

A doutrina não destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No RE nº 178.236-RJ, Relator o Ministro Octávio Gallotti, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária:

'Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro.

- Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público, estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988).

- Recurso de que se conhece pela letra *c*, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento' (*RTJ*, 162/772).

No mesmo sentido: RE nº 189.741-SP, Velloso, Segunda Turma, 25/11/97.

Posta a questão nesses termos, é correto afirmar-se que o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos notários que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º).

Assim, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No RE nº 116.662-PR, Relator o Ministro Moreira Alves, decidiu a Primeira Turma:

'Ementa: Responsabilidade civil do Estado por dano causado a terceiro por tabelião. Artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69.

- O entendimento desta Corte, quando vigente a Emenda Constitucional nº 1/69, era o de que os titulares de ofícios de Justiça e de notas, quer de foro judicial, quer de foro extrajudicial, em atos praticados nessa qualidade, respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, embora esse dispositivo constitucional não impedisse que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil.

- Da orientação da responsabilidade civil do Estado por dano causado

por tabelião, nessa qualidade, a terceiro não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido'.

A questão, sob o pálio da CF/88, não muda.

O RE, está-se a ver, é inviável, motivo por que lhe nego seguimento" (RE nº 209.354/8-PR, Relator o Ministro Carlos Velloso).

Pois bem, sendo assentada a jurisprudência no sentido da responsabilidade do Estado, a sua exclusão do pólo passivo não foi correta, pelo que dou provimento ao recurso para reformar a decisão e considerar o Estado de Minas Gerais parte legítima para responder aos termos da ação, julgando prejudicado o Agravo de Instrumento nº 137.704/3.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Carreira Machado e Almeida Melo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDISPONIBILIDADE DE BENS DO EX-PREFEITO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ATOS PRATICADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.429/92 - IRRETROATIVIDADE DA NORMA - CONCESSÃO DA MEDIDA - INADMISSIBILIDADE**

**- Inadmissível a concessão de liminar em ação civil pública para decretação de indisponibilidade de bens de ex-prefeito, com base no art. 7º da Lei nº 8.429/92, quando os atos inquinados de improbidade administrativa tenham sido praticados antes da vigência da referida lei, eis que é vedada a aplicação da norma a condutas ilícitas cometidas anteriormente à sua edição.**

AGRAVO Nº 140.420/1 - Comarca de Porteirinha - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Liminar em ação civil pública - Indisponibilidade de bens - Ex-prefeito - Imputação de atos de improbidade - Administração de 1987 - Irretroatividade da Lei nº 8.429/92.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de agosto de 1999. - *Aluízio Quintão* - Relator.





NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Cláudio Barroso Ribeiro.

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - Trata-se de regular agravo de instrumento oposto à decisão que acolheu pedido de medida liminar da Promotoria de Justiça da Comarca de Porteirinha, declarando, com base no art. 7º da Lei nº 8.429/92, indisponíveis os bens de Clemente Mendes de Souza, em ação civil pública sobre supostas irregularidades por ele praticadas em 1987, em prejuízo do Município de Riacho dos Machados, de que era, então, Prefeito.

Insiste o agravante na alegação de não ser aplicável a Lei nº 8.429/92 à espécie, por ser ela posterior aos atos ilícitos que lhe são imputados e por não ser retroativa, em razão de seu caráter punitivo, além de não se fazerem presentes os requisitos da liminar, já que não há sinal de receio de subtração de bens à Justiça, de insolvabilidade, de efetiva lesão ao erário público ou de ação dolosa ou culposa, tendo sido ressaltadas, ainda, a ilegitimidade ministerial e a superveniente prescrição qüinqüenal.

Conquanto sejam de constante relevo processual as questões da ilegitimidade ativa e da prescrição, delas não cuidou a decisão recorrida, cujo conteúdo se restringe ao cabimento da decretação liminar da indisponibilidade dos bens do réu-agravante.

E não cabe divagar, nesta fase recursal, sobre o cabimento da ação civil pública na defesa do patrimônio público, ainda mais que, posteriormente à Lei nº 7.347/85, a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, afastou, de modo explícito, qualquer dúvida que a tal respeito pudesse aquela lei ensejar.

Por sua vez, não se mostra imprescindível o pedido de informações à autoridade judicial, diligência em que se resumiu o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

O tipo de recurso, por sua celeridade e natureza incidental, pode e deve ser apreciado, diante do que informam as peças instrumentais.

E, assim sendo, assiste razão ao agravante.

É que, não obstante tenha o Ministério Público formulado seu pedido de liminar, com base no art.12 da Lei nº 7.347/85, cumulado com o art.7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 (fls. 37-TJ), o ilustre Juiz *a quo* reportou-se apenas ao segundo dispositivo referido, a despeito de ser norma legal punitiva bem posterior aos atos irregulares imputados ao ex-Prefeito.

Ora, embora não seja a denominada "Lei das Improbidades" qualificada como lei penal, "*...dúvidas não pairam a propósito de seu cunho marcadamente restritivo de direitos. É lei que atrita, suspende, restringe direitos de várias categorias: patrimoniais, civis, eleitorais, funcionais, etc. Em últi-*

*ma análise, está cerceando legitimamente a liberdade dos cidadãos. Se é assim, devemos interpretá-la e aplicá-la (...) como se fora autêntica norma penal*". (Cf. MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa*, 2ª ed., Malheiros, 1997, p. 106.)

A jurisprudência tem reconhecido a procedência de tal observação doutrinária, cujo autor ainda pondera:

"*Os delitos e práticas de improbidade somente podem ser alcançados pela Lei nº 8.429, de 2/6/92, se praticados após sua vigência. É dizer: é vedado aplicar a lei a comportamentos ou condutas ilícitas praticadas anteriormente a 3/6/92, data da publicação do diploma. Não se admite aplicação retroativa da norma posterior aos fatos ditos ilícitos. Para tanto, consulte-se a lei anterior. Diversa será a hipótese de aplicação 'in mellius' já vista*" (*op. cit.*, p.106).

E, a toda evidência, a medida imposta ao agravante, especificamente posta no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, não se insere, para questões anteriores, na previsão genérica de liminar no art. 12 da Lei nº 7.347/85.

Não merece, pois, prosperar a decisão agravada.

Razão por que dou provimento ao recurso.

Custas, de lei.

*O Sr. Des. Herondes de Andrade* - Examinei os autos e estou acompanhando o eminente Relator.

*O Sr. Des. Hugo Bengtsson* - Coerente com pronunciamento já expendido quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 142.702/0, da mesma Comarca, acompanho o eminente Relator e dou provimento ao recurso.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**INVENTÁRIO - PARTILHA - HOMOLOGAÇÃO - INVENTARIANTE - CESSAÇÃO DO CARGO - AÇÃO EM NOME DO ESPÓLIO - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO OU COISA OBJETO DA CAUSA - DISCUSSÃO - HERDEIROS - PARTE LEGÍTIMA**

**- Concluído o inventário e homologada a partilha com o seu trânsito em julgado, cessa a comunhão hereditária, desaparecendo a figura do espólio e conseqüentemente a do inventariante, que, por isso, não tem mais legitimidade para atuar em nome daquele. Depois de julgada a partilha, cabe aos herdeiros discutir qualquer questão sobre o direito ou coisa objeto da causa.**





AGRAVO Nº 140.728/7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERONDES DE ANDRADE

Ementa oficial: Inventário - Homologação da partilha - Inventariante - Cessação do cargo - Ação em nome do espólio - Impossibilidade. - Concluído o inventário e homologada a partilha com o seu trânsito em julgado, cessa a comunhão hereditária, desaparecendo a figura do espólio e conseqüentemente a do inventariante, que, por isso, não tem mais legitimidade para atuar em nome daquele.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 04 de março de 1999. - *Herondes de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Herondes de Andrade* - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo espólio de João Gonçalves Sobrinho, por seu representante legal Vilson Gonçalves Ferreira, visando à reforma de decisão que, nos autos do inventário respectivo, negou-lhe pedido para que a averbação do formal de partilha no registro competente fosse feita através de oficial de justiça, porquanto o oficial do Registro de Imóveis se nega a proceder à averbação gratuitamente, quando ele, requerente, está amparado pela assistência judiciária.

Alega o Juiz que a providência desejada foge de sua competência, fls. 08.

Completa o agravante, no entanto, dizendo que a prestação jurisdicional só termina com a execução da sentença, ou seja, com o registro do formal da partilha.

A ilustrada Procuradoria de Justiça, através do digno Procurador Dr. Almir Alves Moreira, ofereceu o parecer de fls. 24/26 e ali diz da ilegitimidade do espólio porque, com a partilha, cessou a comunhão e assim cabe a cada um discutir a questão, não sendo de conhecer o recurso e, no mérito, pelo desprovimento.

Com efeito, examinando os autos, vejo com razão o ilustre Procurador de Justiça.

De fato, a orientação jurisprudencial é a de que "as funções do inventariante vão até o trânsito em julgado da sentença de partilha, mesmo porque, com a partilha, já não existe espólio, não sendo cabível, por isso, ajuizar-se ação em nome deste"... e também que "com o julgamento da partilha cessa a comunhão hereditária, desaparecendo a figura do espólio, que será substituída pelo herdeiro a quem coube o direito ou a coisa objeto da causa ... segue-se daí que o espólio não tem legitimidade para propor ação, de-

pois de julgada a partilha". (*In CPC* - THEOTÔNIO NEGRÃO, p. 663, nota 991, 1, e p. 676, nota 1.027, 1.)

Daí por que, efetivamente, cabia a cada um dos herdeiros, individualmente, ou em litisconsórcio, discutir a questão em sede própria, como foi alertado pelo ilustre representante do Ministério Público.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

Isente-se de custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Hugo Bengtsson e Cláudio Costa.

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

**INVENTÁRIO - PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE - TESTAMENTO - NULIDADE - APRECIAÇÃO NO PRÓPRIO PROCESSO - POSSIBILIDADE - ART. 984 DO CPC - INTELIGÊNCIA**

**- Por força do disposto no art. 984 do CPC, é permitido ao juiz, em processo de inventário, apreciar alegação de nulidade de testamento, decorrente de paternidade reconhecida judicialmente, decidindo se este deverá, ou não, ser cumprido.**

AGRAVO Nº 142.146/0 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Por força do disposto no art. 984 do CPC, é permitido ao juiz, em processo de inventário, apreciar alegação de nulidade de testamento, decorrente de paternidade reconhecida judicialmente, decidindo se este deverá, ou não, ser cumprido.

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, 24 de junho de 1999. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Bady Curi* - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Juarez Junqueira Rezende, contra a r. decisão proferida nos autos do inventário de Maria Corina Rezende Junqueira.

Inconformado, alega o agravante que o despacho hostilizado não merece prosperar, eis que reconheceu a nulidade parcial do testamento deixado pela *de cujus* no próprio processo de inventário, quando deveria o magistrado ter remetido a discussão para as vias ordinárias. Afirma que, por expressa previsão legal, é permitido à testadora beneficiar alguns herdeiros, dispondo de parte de seus bens.





*Data venia*, sem razão o agravante.

A nulidade do testamento de Maria Corina Rezende Junqueira, em virtude do reconhecimento posterior de herdeiro necessário em ação investigatória de paternidade julgada procedente, poderia ser questionada e declarada no próprio processo de inventário, como o fez o ilustre Magistrado *a quo*, por força do disposto no art. 984 do CPC, *verbis*:

"Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas".

Ora, o fato de que José Eduardo Pereira Junqueira é herdeiro necessário da *de cujus*, em razão do parentesco decorrente da paternidade reconhecida, e de que o testamento por ela deixado elaborado sem respeito à sua legítima, visto que dito reconhecimento somente ocorreu no curso do inventário, encontra-se devidamente comprovado, não demandando maiores indagações ou dependendo de outras provas, que ensejassem sua remessa às vias ordinárias, como pretende o agravante.

Portanto, de acordo com a legislação processual em vigor, nada mais certo do que se decidir acerca da nulidade do referido testamento no âmbito do próprio processo de inventário, evitando-se com isso, inclusive, a criação de outras despesas, conforme bem observou o douto Magistrado *a quo*, além, é claro, do desgaste emocional que uma nova demanda acarretaria.

A respeito do tema:

"Consoante a doutrina de melhor tradição, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário, com desprezo da via ordinária" (STJ - Quarta Turma, REsp nº 4.625-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16/4/91, não conheceram, v.u., *DJU*, 20/5/91, p. 6.532, *in* THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 30ª ed., 1999, p. 834).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a r. decisão hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Corrêa de Marins e Reynaldo Ximenes Carneiro.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## FALÊNCIA - REQUERIMENTO PELO PRÓPRIO DEVEDOR - AUTOFALÊNCIA - DESPESAS COM EDITAL - PAGAMENTO - ANTECIPAÇÃO - EXIGÊNCIA - ADMISSIBILIDADE - ART. 19 DO CPC - ART. 124 DA LEI DE FALÊNCIAS - INTELIGÊNCIA

**- Requerida a falência pelo próprio devedor (autofalência), cumpre-lhe prover as despesas, para as quais não dispõe de numerário o Juízo, de atos que realize no respectivo processo, sendo legítima a exigência de antecipação do pagamento para publicação de editais diante de eventual decreto de falência que, se fosse realizada pelo credor, teria preferência absoluta sobre os créditos habilitados, como encargos ou dívidas da massa (arts. 19 do CPC e 124 da Lei de Falências).**

AGRAVO Nº 143.058/6 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. FERNANDES FILHO

Ementa oficial: Falência - Autofalência - Exigência, ao requerente, pelo adiantamento de quantia para despesas com editais (art. 205 da Lei Falimentar) - Admissibilidade - Agravo desprovido - Precedentes. - Requerendo sua autofalência, cumpre à ora agravante prover as despesas, para as quais não dispõe de numerário o Juízo, de atos que realize no respectivo processo, sendo legítima a exigência de antecipação do pagamento para publicação de editais diante de eventual decreto de falência - que, se fosse realizado por credor, teria preferência absoluta sobre os créditos habilitados, como encargos ou dívidas da massa (arts. 19, CPC, e 124 da Lei de Falências).

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, 15 de junho de 1999. - *Fernandes Filho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Conheço do agravo, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Fundado na ilegalidade da exigência, o presente recurso é contra decisão que determinou à ora agravante o depósito de quantia "para fazer face às despesas dos editais", em processo, diz, de autofalência.

Esta Câmara já examinou a matéria.

No recente julgamento do Agravo nº 117.130/5, de Belo Horizonte, de que fui Relator, em sessão de 20/10/98, mantivemos decisão do d. Magistrado da 2ª Vara de Falências e Concordatas desta Capital, que *determinou à requerente o recolhimento de valores para satisfação de eventuais despesas previstas pelo art. 205 da Lei de Falências*, sendo imediatamente devolvidos se não utilizados, ou, se efetivamente gastos, tidos como encargos ou dívidas da massa (art. 124 da mesma lei), com conseqüente reembolso posterior.





De meu voto, extraio, a respeito:

"Não acolho o recurso, adotando os mesmos fundamentos manejados pela decisão *a quo*, fundada de resto em acórdão da Terceira Câmara Cível deste Tribunal:

'A questão é que, como a realidade vem demonstrando no curso do tempo, os credores intentam o pedido de falência muito mais no intuito de coagir o devedor a uma satisfação rápida das suas dívidas, do que, realmente, com viso na quebra. Não é de hoje que os pedidos de falência têm sido utilizados como medida substitutiva da execução.

Não se diga que o credor, assim agindo, está afastado da lei, porquanto exercita um direito subjetivo de ação que a lei lhe assegura. Mas, também, não se afasta da dura realidade que inferniza os Juízos Falimentares, provocando acumulação nefasta de processos sem andamento, com desprestígio da Justiça.

A realidade, notória e sempre vista, é que, quando o devedor não salda a dívida e tem decretada a sua falência, o credor, que pediu a quebra, simplesmente se afasta de cena, e deixa o processo à deriva - o que não é admissível, visto ter sido dele a provocação do ato, desde que intentou a ação'.

No mesmo sentido, ainda da referida câmara, indico o acórdão no Agravo nº 146.345/4, de Belo Horizonte, de que foi Relator o Des. Aloysio Nogueira, ocorrido em sessão de 06/05/99, de cujo voto transcrevo, no que interessa:

'Não obstante, a publicação do edital de decretação de falência é obrigatória e não é gratuita, sendo que o Juízo não dispõe de numerário para atender a essa despesa.

Poder-se-ia pensar que há um impasse, na medida em que existe uma despesa imediata a ser feita e não há como custeá-la. No entanto, resta tal impasse afastado através da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da interpretação lógica da própria Lei Falimentar.

Dispõe o CPC, art. 19, que às partes cabe 'prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento...'. A agravante requereu a falência da agravada, cabendo-lhe, portanto, a antecipação das despesas com a publicação do edital, em face da obrigatoriedade deste, sendo, pois, conseqüência do pedido de quebra, quando acolhido.

O Decreto-lei nº 7.661/45, art. 124, por sua vez, estabelece que as despesas e dívidas da massa têm preferên-

cia absoluta sobre os créditos habilitados, vale dizer, a massa pagará, prioritariamente e em primeiro lugar, todas as despesas feitas com o processo falimentar, hipótese em que será a agravante reembolsada do adiantamento efetuado, nos termos do § 2º, I, *verbis*, '*são dívidas da massa: I - as custas pagas pelo credor que requereu a falência*'.

Assim, ao contrário do que entende a recorrente, não irá ela custear o processo de falência, mas, tão-somente, antecipará as despesas, nos termos legais".

Embora não desautorize a exigência ora atacada, devo registrar que, neste caso, o requerente da falência é, segundo alegado, o próprio devedor, diferentemente dos casos citados, promovidos por credores.

Evidentemente, nem prevaleceria aqui, para legitimar a exigência ora combatida, o argumento de que, não havendo satisfação imediata de sua dívida, poderia o requerente da falência afastar-se do processo, antes da realização do ativo da falência, sofrendo com a medida os cofres públicos, pois.

Mais, e porque injurídico, nem também o argumento de que exigível aqui do devedor o adiantamento das aludidas despesas quando, se efetuadas, seriam a ele próprio devolvidas, como encargo ou dívida da massa.

Todavia, *e sendo suficiente o fundamento*, tal como ocorre em processos de falência movidos por credores, pode-se aqui exigir da ora agravante o depósito para cobrir as eventuais despesas, decorrentes do processo por ela instaurado, conforme disposto pela lei processual, assim como anotado no acórdão transcrito.

Acrescente-se, finalmente, não ser razoável a imposição das mesmas despesas ao Juízo, que nem dispõe de numerário para tanto, com o que a decisão agravada deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - De acordo.

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES EXPRESSOS - AFIRMAÇÃO DESVALIOSA - INDEFERIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI Nº 7.115/83

**- Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, por suas implicações, inclusive de natureza penal (crime de falsidade ideológica), a teor do art. 1º da Lei nº 7.115/83.**





AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 143.419/0 - Comarca de Abre Campo - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Assistência judiciária - Ausência de procuração com poderes expressos - Afirmação desvaliosa - Pedido indeferido. - Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, por suas implicações, inclusive de natureza penal. - Inteligência do art. 1º da Lei nº 7.115/83. - Pedido indeferido.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 1999. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Campos Oliveira* - Trata-se de agravo de instrumento interposto por M.G.C., nos autos da ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos, com incidente cautelar de alimentos provisórios, que lhe move T.V.N., representado por sua mãe, perante o Juízo da Comarca de Abre Campo, inconformado com o r. despacho que lhe deferiu alimentos provisionais, alegando a nulidade do referido despacho, por falta de fundamentação; que, além do mais, o percentual é excessivo, quando se vê que o agravante tem outros encargos.

Juntou os documentos de fls. 08 a 79, pedindo a conferência de efeito suspensivo ao recurso e a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Sem preparo, tendo a liminar sido indeferida.

Intimado, o agravado ofereceu resposta e documentos, não se manifestando o agravante sobre eles, após o que a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento, rejeitada a nulidade, em parecer da lavra do Dr. João Francisco Rolla.

É o relatório.

Não conheço do recurso, por falta de preparo, segundo prescreve o art. 525, § 1º, do CPC .

É verdade que o agravante requereu, na petição recursal, os benefícios da justiça gratuita, mas a sua afirmação de pobreza é desvaliosa, pois a procuração de fls. 23 não contém poderes expressos para tanto, que são indispensáveis, diante de suas implicações, inclusive de natureza penal (crime de falsidade ideológica); é o que reza o art. 1º da Lei nº 7.115, de 29/8/83:

"A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, de-

pendência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira".

O eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao julgar caso semelhante assim fundamentou:

"O termo *bastante* empregado pelo artigo 1° da Lei n° 7.115, de 1983, significa suficiente, habilitado a praticar o ato.

Ora, como a procuração *ad judicia* não outorga senão poderes para a prática de atos do processo (artigo 38, CPC), nos quais não se inclui o pedido de assistência judiciária (atos do processo são aqueles, segundo a melhor doutrina, necessários ao normal desenvolvimento de feito), devia a procuração outorgar ao mandatário esse poder especial" (*Lex - JTA*, v. 149, p. 238).

Portanto, não conheço do recurso e lhe nego seguimento, por sua deserção e intempestividade.

Custas, *ex lege.*

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - Também não conheço do recurso, acrescentando que, a despeito de entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, o preparo se fez de modo irregular e apoucado, não satisfazendo, portanto, a finalidade da providência, como se vê à fl. 02, onde consta um depósito de R$5,92, quando o valor da ação principal de investigação da paternidade com alimentos é de R$3.500,00, fls. 13.

Participou do julgamento o Desembargador Herondes de Andrade.

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

**COMPETÊNCIA - PREVENÇÃO - CAUTELA JURISDICIONAL - ART. 800 DO CPC - INTELIGÊNCIA - SEPARAÇÃO DE CORPOS - ALIMENTOS PROVISIONAIS - DISTRIBUIÇÃO - DESPACHO - SEPARAÇÃO JUDICIAL - AÇÃO PRINCIPAL - AJUIZAMENTO POSTERIOR - CONHECIMENTO - JULGAMENTO - JUÍZO COMPETENTE**

**- Entre juízes de igual competência territorial, cumulativa, a distribuição da cautela jurisdicional previne a competência para ação principal, distribuível por dependência, consoante inteligência e alcance do art. 800 do CPC. Destarte, ajuizadas as medidas cautelares de separação de corpos e alimentos provisionais, fica prevento para o conhecimento e julgamento da ação principal relativa à separação judicial o juízo da Vara de Família para onde as cautelares foram distribuídas e despachadas em primeiro lugar.**





AGRAVO N° 145.751/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Processo civil - Competência - Prevenção - Cautela jurisdicional. - Entre juízes de igual competência territorial, cumulativa, a distribuição da cautela jurisdicional previne a competência para ação principal, distribuível por dependência.

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, 24 de junho de 1999. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Carreira Machado* - Conheço do recurso, aos pressupostos e requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão trasladada às fls. 11/12-TJ, que julgou procedente o pedido incidente de exceção de incompetência suscitado pela ora agravante para declarar competente o Juízo da 9ª Vara de Família para o conhecimento e julgamento das demandas cautelares e principal em que se contendem as mesmas partes deste processo.

Argumenta a agravante que o Juízo da 5ª Vara de Família é o competente, por prevenção, considerando-se que despachou em primeiro lugar; ainda, porque "ajuizada a medida cautelar, fica preventa a competência do juiz que dela conheceu para posterior ajuizamento da ação principal".

O agravado oferece resposta argüindo, em preliminar, o não-conhecimento do recurso porque não se encontram nos autos as peças necessárias à compreensão da questão *sub judice.* Quanto ao mérito, argumenta que o primeiro despacho positivo foi dado pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara de Família, em 06/10/98, ordenando a citação da ora agravante e designando audiência de conciliação. Já o primeiro despacho positivo proferido pelo Juiz da 5ª Vara de Família, concessivo da medida cautelar requerida, somente o foi em 21/10/98. A competência, assim, estaria firmada, por prevenção, relativamente ao MM. Juiz de Direito da 9ª Vara de Família.

A preliminar levantada pelo agravado não merece prosperar, entendimento já destacado pelo parecer da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, *verbis*:

"Os documentos de fls. 11/12 e 16/17 permitem-nos a exata compreensão do que está sendo questionado. As datas dos despachos dos Juízes da 5ª e da 9ª Varas de Família, bem como o teor destes despachos, estão bem claros nas folhas acima mencionadas. Não vislumbro razão para o não-conhecimento do presente agravo".

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto ao mérito, deve ser observado que a decisão agravada noticia que a distribuição da cautela jurisdicional se fez em primeiro lugar, *verbis*:

"*A medida cautelar foi aforada pela mulher em 29/09/98 perante a 5ª Vara de Família e despachada na mesma data (fls. 4)*. A excipiente não trouxe para os autos cópia desse despacho, nem certidão de seu conteúdo. Juntou apenas a certidão de fls. 4, cujo teor é omisso a esse respeito. Trouxe, porém, fotocópia de decisão interlocutória (não de despacho) proferida em 21/10/98, na qual lhe foram concedidas as liminares de separação de corpos e de alimentos provisionais (fls. 6)".

"A ação de separação foi distribuída a esta Vara em 2/10/98 e despachada em 6/10/98".

É bem de ver que a questão *sub judice* não se resolve pela simples aplicação do disposto nos artigos 106 e 219 do Código de Processo Civil, mas, em se tratando de medidas cautelares, de separação de corpos e de alimentos provisionais, antecedentes da ação principal de separação judicial litigiosa, a solução deve ser buscada no preceito do art. 800 do Código de Processo, *ipsis verbis*:

"Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal".

GALENO LACERDA, em seus preciosos comentários ao Código de Processo Civil, não deixa qualquer dúvida a respeito da inteligência e alcance do disposto no art. 800, *verbis*, destaque nosso:

"*Entre juízes de igual competência territorial, cumulativa, a distribuição da cautela jurisdicional previne a competência para ação principal, distribuível por dependência*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812, 1ª ed., 1982, p. 282).

Não se trata de argumento de autoridade, mas de vínculo lógico de continência, conforme assevera o insigne comentarista, *verbis*:

"Carnelutti, em outra página, fala da 'conexão entre as lides'. Diríamos que, no caso, entre a lide principal e a lide cautelar ocorre aquela espécie de conexão que se define como continência. Com efeito, entre elas, dos três elementos fundamentais da relação processual, dois se apresentam idênticos: sujeitos ou partes e causa, que é o fato do conflito. Difere apenas o objeto: no processo principal, o bem material controvertido; no cautelar, a necessidade de segurança para o resultado útil daquele processo. A continência parece, pois, evidente, com todas as conseqüências resultantes, a começar pela competência, com peculiaridades analisadas no comentário ao art. 800" (*op. cit.*, p. 26).

"Mas a autonomia da tutela cautelar, *no plano jurisdicional*, se revela, também, pelo fato de a respectiva ação (...) se diferenciar da ação principal. Mostramos como, se sujeitos e causa (a lide) se identificam, o objeto varia, porque a segurança buscada na cautela não se confunde com o bem, em sentido amplo, objeto do processo principal. Mesmo aí, porém, surge um traço simultâneo de dependência. É que, entre a ação cautelar e a principal, existe um vínculo lógico de continência, pois a situação de conflito (lide parcial), que impõe a necessidade de segurança, emana do conflito maior (lide total) que separa as partes. O fato de poderem elas dirimir o conflito diretamente, depois da concessão da cautela, de modo a dispensarem a existência da ação principal futura, não retira da ação cautelar a dependência lógica e potencial (nem sempre ontológica) com esta última, que ficou *in fieri*" (*op. cit.*, p. 46).

Vejam-se, ainda, as notas de THEOTONIO NEGRÃO neste sentido, *verbis*:

"Art. 800: 6. 'Quando preparatórias, as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz que se apresenta competente para conhecer da causa principal, que, por isso, fica prevento' (STJ - Quarta Turma, REsp nº 6.386-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28/5/91, deram provimento, maioria, *DJU*, 7/10/91, p. 13.971, 2ª col., em.).

'A prevenção ocorre em termos recíprocos, seja qual for a demanda ajuizada em primeiro lugar: a principal ou a cautelar' (*RF*, 273/165). No mesmo sentido: *RT*, 732/216.

Por isso: 'Os processos cautelares, quando anteriores ao processo principal, tornam prevento o juízo' (*RT*, 485/76). Neste sentido: *RT*, 730/345, *RTJESP*, 79/314 (*in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 29ª ed., 1998, p. 598)".

No mesmo sentido, encontra-se a fundamentação adotada no acórdão da relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Leite Cintra, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, AgIn nº 7.532-4/3, Sétima Câmara, j. 05/06/96, *ipsis verbis*:

"A questão em causa é saber se a aludida medida cautelar, distribuída anteriormente à ação de separação litigiosa, previne ou não a jurisdição.

(...)

Ora, a despeito dos argumentos lançados pelo agravante, sobreleva ressaltar que no caso é de inteira aplicação o preceito legal ínsito no art. 108 do CPC, pois não se pode olvidar o liame existente entre duas ações, ou seja, a relação de acessório para principal, tornando prevento o juiz que conheceu da medida cautelar.

A propósito do tema, é a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI, citado no *RJTJSP*, 79/314, a saber:

'.... a competência do juiz da ação principal existe, qualquer que seja o momento da propositura da ação acessória.

Não importa que ela seja ajuiza-

da antes, durante ou depois da ação principal, nem o fato de estar terminada' (*Comentários ao CPC*, Forense, I/473, t. II).

Ademais, quanto ao disposto na referida norma legal, pertinente é a observação de HÉLIO TORNAGHI, mencionada no v. aresto encartado na *RJTJSP*, 135/354, *in verbis*:

'... não é que *acessorium sui principalis sequitur* (o acessório assume a natureza do principal) e sim que uma pretensão se junta à outra por alguma razão; por vezes o título (isto é, o fato ou ato gerador) principal é o mesmo do acessório; a acessoriedade é um caso particular de conexão entre duas pretensões coordenadas entre si, ou de tal natureza que uma está subordinada à outra (*Comentários ao CPC*, Ed. RT, 1974, v. I/350)'.

Assim, se a medida cautelar, frisa-se - de caráter acessório nos termos do art. 796 do CPC -, foi ajuizada e processada perante órgão potencialmente competente para a ação principal, esta também deverá ser processada e julgada perante o mesmo órgão, pois sua competência já foi fixada em concreto.

De outra parte, realmente, a aferição de medida cautelar antecedente enseja prevenção do Juízo para ulterior ação principal, como é de doutrina e jurisprudência.

Nesse sentir, é o magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in verbis*:

'As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, tratando-se de procedimento preparatório, a medida cautelar será requerida *ao juiz competente para conhecer da principal*. Tais regras, contidas no art. 800, são corolários do que estatui o art. 109 a respeito da competência do *juiz da causa principal*' (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1976, p. 350).

Mais adiante remata o insigne mestre:

'O juízo do processo principal atrai para si o processo preparatório e o processo incidental - que significa que a competência para as medidas cautelares, em razão da causa principal, é estabelecida pelo nexo de subordinação ou dependência' (ob. e p. citadas).

(...)

'É de jurisprudência, sobre o art. 800 do CPC, que a prevenção ocorre em termos recíprocos, seja qual for a demanda ajuizada em primeiro lugar, a principal ou a cautelar (*RF*, 273/165); por isso *os processos anteriores ao processo principal tornam prevento o juízo* (*RT*, 485/76, *RJTJSP*, *Lex*, 79/314); e que *a prevenção prevalece ainda quando extinto o processo cautelar, pelo julgamento do mérito ou pela ineficácia da medida liminar*' (*RJTJSP*, *Lex*, 78/283, 109/353) (cf. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 22ª ed., p. 466)" (*in RT*, 732/216-217).

Assim, se a medida cautelar foi distribuída pela agravante em 29/09/98 para a 5ª Vara de Família e despachada na mesma data, e, por sua vez, considerando que a ação de separação foi distribuída pelo agravado em 2/10/98 para a 9ª Vara de Família e despachada em 6/10/98, tenho que a prevenção para o conhecimento e julgamento das cautelares e do processo principal se efetivou quanto ao juízo da 5ª Vara de Família desta Capital, rogando vênia ao entendimento comungado pelo Juízo da 9ª Vara de Família.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso de agravo para, reformando a decisão agravada, declarar competente o Juízo da 5ª Vara de Família desta Capital para o conhecimento e julgamento das cautelares e ação principal de separação judicial entre C.F.H. e G.T.H.

Custas, pelo agravado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Almeida Melo e Bady Curi.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**EXECUÇÃO FISCAL - FUNDAMENTO EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EXECUÇÃO DEFINITIVA - PENDÊNCIA DE RECURSO - IRRELEVÂNCIA - PENHORA - ESTOQUE DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA - ALTERAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO - EXAME DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA - ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 471, I, DO CPC - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA**

**- Consoante o que dispõe o art. 578 do CPC, é definitiva a execução fundada em título executivo extrajudicial, ainda que pendente de recurso interposto pelo devedor, contra sentença que rejeitou seus embargos, sendo possível proceder-se à venda antecipada dos bens constritados.**

**- Embora prevista como medida excepcional, é possível penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, consoante previsão expressa contida no § 1º do art. 11 da Lei nº 6.830/80, pelo que não é ilegal a constrição de parte do estoque da empresa executada, mormente quando o devedor não oferece bens suficientes à garantia integral da execução, nem apresenta prova inequívoca de que possui outros bens que suportem o sucesso do feito executivo.**

**- O inciso I do artigo 471 do CPC abre exceção à regra traçada no *caput*, permitindo expressamente o exame de matéria já decidida, quando se tratar de relação jurídica continuativa, ou quando ocorrer alteração de fato ou de di-**

**reito, nada impedindo, assim, que o magistrado, embora tenha afastado um determinado pedido antes, venha a considerá-lo à frente, diante de novos elementos, não havendo que se falar, portanto, em casos tais, na ocorrência da preclusão a que alude o *caput* do artigo em comento.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 147.702/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial:

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, 28 de setembro de 1999. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravada, o Dr. Francisco A. V. Barros, e assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. José Luciano.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho proferido em autos de ação de execução fiscal movida pela Fazenda Pública estadual contra a Casa Guaxupé Ltda., deferindo pedido formulado pela exeqüente de constrição do estoque da executada.

Em suas razões recursais, aduz esta, em síntese, que a penhora do estoque com a sua imediata alienação para quitação do crédito tributário em questão não pode ocorrer, porquanto o processo executivo se acha em andamento, não se podendo ainda falar em execução definitiva, até que o STJ se pronuncie acerca do recurso especial interposto pela agravante e já recebido por aquele Sodalício.

Argumenta, ademais, a agravante, que possui bens imóveis suficientes para garantir a execução e que a penhora de seu estoque, além de violar o art. 620 do CPC, inviabilizará o funcionamento do seu negócio.

Aduz, ainda, a ocorrência de preclusão *pro iudicato*, porquanto o MM. Juiz da causa teria, anteriormente, indeferido o pedido de penhora do faturamento da agravante, não podendo agora, a teor do disposto no art. 471 do CPC, voltar atrás e deferir o que antes fora objeto de indeferimento.

Recebidos os autos, proferi o despacho de fls. 107, quando solicitei informações do MM. Juiz autor do despacho censurado, bem como determinei a intimação da agravada, nos moldes e para os fins do art. 527, III, do CPC, reservando-me o direito de examinar o pedido de efeito suspensivo após o recebimento das informações.





Às fls. 111/111-v., diante de novos argumentos apresentados pela recorrente, proferi decisão concedendo efeito suspensivo ao agravo até o julgamento definitivo do feito.

Às fls. 151/152, constam as informações do MM. Juiz, autor do despacho censurado, em que o mesmo esclarece que a execução se vem arrastando desde 1994 e que havia, antes, indeferido pedido de constrição de parte do faturamento da agravada, por entender constrangedora a medida, mas que, verificando mais tarde o objetivo protelatório, acabou por deferir a penhora de parte do estoque da mesma, ou seja, o suficiente para a solução do débito.

Os autos foram remetidos à douta PGJ para o colhimento do seu parecer, tendo esta, no entanto, com arrimo na Súmula nº 189 do STJ, deixado de se manifestar.

*Decisão.*

I - A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, conforme dispõe o art. 587 do CPC, sendo de se observar que o STJ vem decidindo reiteradamente pela sua qualidade de "definitiva", ainda que pendente de recurso interposto pelo devedor.

Nesse sentido, *RSTJ*, 54/276, 65/434, STJ - Quarta Turma, RMS nº 2.431-GO, Ministro Sálvio de Figueiredo, *DJU*, 24/5/93, p. 10.009.

Não obstante isso, em anotação ao mencionado artigo legal, THEOTÔNIO NEGRÃO esclarece que há pelo menos um acórdão do sobredito Sodalício no sentido de considerar a execução em referência como provisória (*CPC*, 27ª edição, p. 448).

E entende a jurisprudência pátria, em sua expressiva maioria, pelo caráter definitivo da execução por título extrajudicial; firmou-se, por conseqüência, o entendimento segundo o qual se pode, na pendência de recurso interposto pelo devedor, contra sentença que rejeitou os seus embargos, proceder à venda antecipada dos bens constritados.

Assim, falta razão à agravante, quando defende a natureza provisória da execução de que cuida a espécie dos autos.

II - No que pertine à penhora de parte do estoque da agravante, como aduz ela própria, tenho que também lhe falta razão ao preconizar a sua ilegalidade, porquanto, embora prevista como medida excepcional, é possível penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, consoante previsão expressa contida no § 1º do art. 11 da Lei nº 6.830/80.

O STJ, por sua Segunda Turma, no REsp nº 19.493/0-SP, relatado pelo Ministro Hélio Mosimann, decidiu que, "se o recorrente ofereceu bens suficientes a garantir a execução, ainda que imóveis, não se justifica promovê-la pelo modo mais gravoso, mesmo porque só excepcionalmente poderá a penhora recair sobre estabelecimento co-

mercial ou industrial" (THEOTÔNIO NEGRÃO, 27ª edição, p. 838).

Todavia, no caso em julgamento, os elementos informativos dos autos indicam com segurança que a agravante não ofereceu bens suficientes à garantia integral da execução, à vista de que esta gira em torno de R$900.000,00 (novecentos mil reais), enquanto que os bens imóveis penhorados (dois lotes no Bairro Enseada das Garças, Pampulha) foram avaliados em R$152.000,00 (cento e cinqüenta e dois mil reais), valor portanto absolutamente insuficiente para satisfação do débito, representando, na verdade, cerca de 1/6 (um sexto) deste.

É bem verdade que a agravante argumenta em seu recurso que possui propriedade imóvel no Município de Contagem, não esclarecendo, todavia, de modo a espancar quaisquer dúvidas, de que imóvel se trata: se lote, área, fazenda, prédio, etc.; não fornece o respectivo endereço e o seu valor venal, para que se pudesse aferir se o mesmo é capaz, ou não, de garantir a execução e solucionar o débito em sua inteireza, como tem direito a credora, ora agravada, em benefício de quem ocorre a execução.

Sabe-se, como o sustenta a recorrente, que esta (a execução) se deve processar pelo modo menos gravoso para o devedor, na expressão literal do art. 620 do CPC, isto porém quando a execução possa ser promovida de mais de uma forma, o que não se afigura a hipótese dos autos, em que não restou demonstrada outra forma da qual a agravada dispõe para receber o que lhe é devido, à vista da inexistência de prova inequívoca de que a empresa recorrente possua bens outros, à exceção do próprio estoque, que suporte o sucesso do feito executivo.

Em outro passo, a constrição não incide sobre a totalidade do estoque, mas apenas sobre o necessário ao resgate da dívida, não se podendo negar à credora, ora agravada, o direito de promover a execução pelo único meio que ora se lhe apresenta, consubstanciado na penhora do estoque, sem o que se acabaria por premiar a inadimplência e, mais do que isso, até mesmo estimular a sonegação.

III - Não vejo, também, como sustenta a agravante, a ocorrência, na hipótese presente, da preclusão prevista no art. 471 do CPC. Em primeiro, porque não consta dos autos que o MM. Juiz da causa tenha, antes, indeferido o pedido de penhora de parte do estoque da agravante, porquanto o que ele indeferira fora a constrição de parte do faturamento da empresa, em forma de intervenção, coisa diversa. Em segundo, porque o inciso I do artigo em comento abre exceção à regra traçada no *caput*, permitindo expressamente o exame de matéria já decidida, quando se tratar de relação jurídica continuativa, ou quando ocorrer alteração de fato ou de direito, nada impedindo, assim, que o magistrado, embora tivesse afastado o pedido de penhora do estoque antes, venha reconsiderá-lo à frente, diante de novos elementos, como relativo à comprovação de





que a recorrente não tem ou não apresentou bens na ordem preferencial que garanta a execução.

IV - À vista do exposto, nego provimento ao agravo, ficando, por conseqüência, sem efeito o despacho que concedeu efeito suspensivo ao recurso sob exame.

Custas, pela agravante.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO - ABRANGÊNCIA APENAS DA ÁREA DESTINADA À SERVIDÃO - POSSUIDOR DO IMÓVEL - DEFESA - PAGAMENTO A QUEM PROVAR A PROPRIEDADE

**- De acordo com a lei de desapropriação, quem se encontra na posse de imóvel que sofre restrição administrativa pode manejar a defesa que tiver, ficando a indenização a ser paga àquele que provar a propriedade do imóvel objeto da constituição da servidão administrativa.**

**- A servidão administrativa constitui-se quando o imóvel sofre apenas restrições suficientes para o atendimento à obra pública. Assim sendo, a indenização cabível ao expropriado abrange apenas os prejuízos suportados pelo proprietário relativamente à área do terreno onde se constitui essa servidão.**

AGRAVO Nº 148.708/1 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Servidão administrativa - Desapropriação - Preço abrangente da indenização da área destinada à servidão - Improvimento.

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, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravada, o Dr. Roberto Braga.

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - Para melhor compreensão da matéria, permito-me "reproduzir" a parte expositiva do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra da Dra. Maria Conceição de Assumpção Mello, digna e culta Procuradora de Justiça:

"Cuida-se de agravo de instrumento aforado pelo Curtume Chaves Ltda. em face de CEMIG - Cia Energética Minas Gerais, tendo em vista a decisão, em ação de constituição de servidão administrativa, que determinou que o agravado depositasse a oferta inicial e concedeu a imissão provisória na posse do imóvel do agravante, independentemente de sua citação.

O agravante aviou o vertente recurso de agravo de instrumento (01/07), aduzindo que:

1. a agravada ingressou em juízo com ação de constituição de servidão administrativa, visando expropriar parte do imóvel pertencente à agravante para passagem de rede elétrica;

2. houve uma avaliação do imóvel, sem o crivo do contraditório, no qual foi estabelecido o valor do mesmo;

3. a decisão agravada determinou o depósito do valor de 20% do imóvel e, após o pagamento, a imissão provisória na posse;

4. o Decreto nº 1.075/70, em seu art. 3º, determina que o depósito deve ocorrer mediante arbitramento do juiz, verificada a oportunidade de o expropriado impugnar ou não o valor ofertado, no prazo de cinco dias a contar da intimação da oferta;

5. o depósito deveria ter sido feito da quantia arbitrada e não da quantia ofertada;

6. o lote é muito valorizado, e a passagem da rede elétrica irá desvalorizá-lo, o que será impossível de se comprovar após a instalação das linhas.

Com a peça recursal, foram acostados aos autos os documentos de fls. 08/48-TJ.

À fl. 52-TJ, V. Exa. concedeu efeito suspensivo ao agravo, determinou vista ao agravado e fossem prestadas informações pelo Juízo *a quo*.

Informações às fls. 81/83-TJ, esclarecendo o ilustre Magistrado que oficia perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas que:

1. a CEMIG ajuizou ação de constituição de servidão administrativa contra o agravante e demais proprietários de outros imóveis, juntando, para tanto, o Decreto Expropriatório de nº 40.062, de 23/11/98;

2. o despacho agravado deferiu a imissão provisória na posse dos imóveis, entretanto o agravante impediu a entrada da agravada, sendo necessário para tal o comparecimento do Oficial de Justiça acompanhado do pessoal técnico da agravada para início das obras;





3. o presente recurso fora interposto pelo Curtume Chaves Ltda., que não é parte no processo, isto porque na ação de constituição administrativa constava do pólo passivo a firma Irmãos Chaves Ltda., que foi citada na pessoa de seu representante legal;

4. a agravante fez anexar uma alteração contratual da referida firma datada de 20/06/94, da qual não consta qualquer alteração com relação à denominação da firma Irmãos Chaves Ltda. para Curtume Chaves Ltda.

Contraminutando às fls. 62/64-TJ, a agravada asseverou que:

1. o agravante está a confundir desapropriação com servidão administrativa, requerendo indenização pelo valor integral do bem;

2. a servidão servirá para passagem de cabos aéreos de linha de transmissão para ligar energia a uma fábrica do grupo FIAT, valorizando, assim, a propriedade do agravante;

3. o percentual estabelecido para indenização foi feito com base em decisões jurisprudenciais".

Em preliminar, levanta a douta Procuradoria-Geral de Justiça a hipótese de não-conhecimento do recurso, porque a ação de constituição de servidão administrativa foi proposta contra a firma Irmãos Chaves Ltda. e não contra a firma Curtume Chaves Ltda.

Ao meu sentir, a expropriante cometeu um pequeno equívoco, porque, na propositura da ação de constituição de servidão administrativa contra Aloísio Tavares Maciel e outros, ao indicar um destes outros, referiu-se a Irmãos Chaves Ltda. e, ao dar o endereço para citação, o fez na pessoa de Pausaneas Dias Chaves, com endereço em Sete Lagoas, MG, na Av. Francisco Antônio Mendonça Chaves nº 948.

No instrumento de alteração da sociedade, constante às fls. 09 a 13, dá como nome da firma "Curtume Chaves Ltda.", sito na Av. Francisco Antônio Mendonça Chaves, nº 948, e um dos sócios é exatamente o Sr. Pausaneas Dias Chaves.

De outra parte, encontrava-se esta sociedade na posse do imóvel que sofre restrição administrativa, razão pela qual, de acordo com a lei de desapropriações, poderia manejar a defesa que tivesse, ficando a indenização a ser paga ao que provasse a propriedade do imóvel objeto de constituição de servidão administrativa.

Assim, desprezo esta preliminar. Quanto ao mérito, razão não assiste ao agravante.

Trata-se de servidão administrativa, cuja indenização abrange apenas os prejuízos suportados pelo proprietário pela passagem das linhas de transmissão de energia elétrica da CEMIG, "Sete Lagoas 5/IVECO (FIAT) de 138 kW, do sistema CEMIG, que liga o marco MO=pórtico da SE - Sete Lagoas à substação IVECO/FIAT, no Município de Sete Lagoas".

Assim, a parte do terreno expro-

priado do agravante é apenas aquela necessária à constituição dessa servidão administrativa.

Incorporando a este voto o excelente parecer quanto ao mérito da eminente Procuradora de Justiça, nego provimento ao recurso de agravo de instrumento, prosseguindo-se nos ulteriores da expropriação.

Custas, pelo agravante.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - De acordo.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

## EXECUÇÃO FISCAL - FORO COMPETENTE - OPÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA - COMPETÊNCIA RELATIVA - INCOMPETÊNCIA - ARGÜIÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE

**- A execução fiscal pode ser ajuizada tanto no foro do domicílio do réu quanto no do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, sendo que somente o executado pode argüir a incompetência do juízo, e não o juiz, por se tratar de competência relativa.**

AGRAVO Nº 151.001/5 - Comarca de Mateus Leme - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Processual civil - Execução fiscal - Foro competente - Opção da Fazenda - Incompetência relativa, que não pode ser argüida de ofício. - A execução fiscal pode ser ajuizada tanto no foro do domicílio do réu quanto no do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, sendo que somente o executado pode argüir a incompetência do juízo, e não o juiz, por se tratar de competência relativa.

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, 17 de junho de 1999. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Antonino Baía Borges* - Cuida-se de agravo de instrumento aviado pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra a decisão proferida nos autos da ação de execução fiscal ajuizada em face da Destilaria Viralcool Ltda., na qual o MM. Juiz da Comarca de Mateus Leme se deu por incompetente, determinando a remessa dos autos para a Comarca de Pitangueiras, no Estado de São Paulo, foro do domicílio da executada, ao argumento básico de que a competência para o ajuizamento de executivo fiscal é no domicílio do devedor, uma vez que a Lei nº 6.830/80 determina a aplicação dos dispositivos do CPC.

Alega a agravante, em síntese, que o art. 578 do CPC autoriza à Fazenda Pública ajuizar a ação de execução fiscal no foro do lugar onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, não podendo o Juiz, de ofício, argüir sua incompetência, por se tratar de competência relativa.

Não há contra-razões de recurso, pois a ora agravada não chegou a ser citada na ação principal.

Foi conferido efeito suspensivo ao recurso (fls. 16-TJ).

Deixei de abrir vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça em virtude do entendimento cristalizado na Súmula nº 189 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ajuizou ação de execução fiscal em face da Destilaria Viralcool Ltda., com base em certidão de dívida ativa da qual consta, como origem do débito, o fato de a executada ter sido flagrada, no Município de Juatuba, transportando mercadorias sem a retenção do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, por substituição tributária.

O art. 578 do CPC assim dispõe:

"Art. 578. A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. 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".

Como se vê, a norma processual é clara ao facultar, à Fazenda Pública, a opção, quando do ajuizamento de ação de execução fiscal, pelo foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida.

No caso em exame, informa a Fazenda que a agravada foi flagrada transportando mercadoria sem recolhimento do ICMS devido ao Estado no Município de Juatuba, que, conforme a Lei de Organização e Divisão Judiciárias mineira, pertence à Comarca de Mateus Leme.

Portanto, correto o ajuizamento

da execução fiscal em questão perante aquele foro.

De outro lado, não poderia o MM. Juiz *a quo*, de ofício, argüir sua incompetência, pois, por se tratar, no caso, de competência relativa, uma vez que firmada em razão do lugar, caberia, obviamente, apenas à parte a argüição de incompetência, por via de exceção.

Nesse sentido, ainda que os documentos juntados pela agravante efetivamente não comprovem o lugar do fato gerador do tributo cobrado, como afirma o Magistrado, tal fato somente pode ser argüido pela executada, ora agravada.

Assim, por todo o exposto, dou provimento ao agravo.

Sem custas.

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Sr. Presidente. A questão é muito simples, e quem complicou o feito foi o Juiz.

Se a ação foi proposta naquela Comarca, deveria aguardar o Juiz que houvesse uma exceção trazida pela Fazenda Pública.

Ele então entendeu que, pelo fato de a Fazenda Pública ter seu domicílio em Belo Horizonte, teria que se tratar de competência absoluta.

O entendimento dele é o meu entendimento, mas acho que ele deveria aguardar uma provocação do Estado para que então manifestasse que esse feito deveria ter sua tramitação, aqui, no foro de Belo Horizonte, mas, ao agir sem provocação, o fez precipitadamente.

Por isso, estou de pleno acordo com o Desembargador Baía Borges.

Participou do julgamento o Desembargador Isalino Lisbôa.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**MAGISTRADO - ABONO DE FALTAS - LISTA DE ANTIGÜIDADE - PROMOÇÃO PARA ENTRÂNCIA INTERMEDIÁRIA - PEDIDO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ATO ADMINISTRATIVO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - ILEGITIMIDADE DE PARTE - INDEFERIMENTO**

**- É inepta e deve ser indeferida de plano a petição inicial que padece de defeitos evidentes, tais como a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade de parte.**





**- O Estado de Minas Gerais é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que visa ao desfazimento de ato efetivado por setores do TJMG, pretendendo-se o abono de faltas de magistrado, para melhor classificação em lista de antigüidade e promoção para entrância intermediária, por ser ato administrativo de competência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo inadmissível o pedido formulado pela via judicial.**

**- Revela-se impossível o pedido aviado judicialmente, visando à obtenção de vantagens e promoções de magistrados para entrância intermediária, ato que somente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pode conferir e que enseja a observância de vários diplomas legais, dependendo de votação pela Corte Superior, sujeitando-se à recusa por 2/3 de seus membros.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.182/8 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Magistrado - Pedido judicial de abono de faltas para melhor classificação em lista de antigüidade e promoção para entrância intermediária - Ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais - Ato administrativo da competência do Tribunal de Justiça - Abono de faltas inadmitido pela via judicial - Impossibilidade de obtenção de promoção por via judicial de ato que enseja a observância de vários diplomas legais e depende de votação pela Corte Superior do Tribunal de Justiça, sujeitando se à recusa por 2/3 de seus membros.

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, NO REEXAME NECESSÁRIO, PARA INDEFERIR O PEDIDO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 06 de abril de 1999. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Arutãna Cobério Terena contra o Estado de Minas Gerais, na condição de Juiz de Direito Substituto, que, no exercício de 1992, sofreu desconto em seu contracheque de 04 (quatro) dias faltosos no mês de junho, quando se ausentou da Comarca de Nanuque, em que se encontrava em exercício, inobstante a justificativa apresentada perante a Corregedoria-Geral de Justiça.

Pretendeu com a presente ação o desfazimento do ato perpetrado por serventuário da Diretoria da Magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por determinação da Presidên-

cia, declarando-se abonadas suas faltas do período de 25 a 28/06/92 e, em conseqüência, computado aquele período como tempo de serviço para os fins de direito, restabelecendo-se os prejuízos de ordem patrimonial e funcional, representados pelo reembolso dos dias descontados e pelo reconhecimento de seu direito à promoção, por antigüidade, à condição de juiz de entrância intermediária, com efeito retroativo a 11/02/95, uma vez que aqueles descontos repercutiram negativamente em sua folha funcional, influindo em seu posicionamento na lista de promoções por antigüidade, ocasionando sua permanência em entrância inicial, enquanto outros colegas empossados na mesma ocasião já tinham sido elevados a uma entrância superior.

No seu entendimento, na lista de antigüidade do exercício de 1994, haveria de estar classificado na 72ª posição, quando foi incluído na 92ª, e, na lista de 1995, sua posição correta seria a 41ª, mas restou incluído no 51º lugar, sendo preterido injustamente por inúmeros outros paradigmas que cita.

A sentença de fls., julgando parcialmente procedente o pedido inicial, declarou abonadas as faltas do período de 25 a 28/06/92, determinando a retificação do tempo de serviço do autor para melhor reposicionamento na lista de antigüidade, condenando o Estado de Minas Gerais ao ressarcimento dos prejuízos patrimoniais conforme se apurar.

Há remessa de ofício e recurso voluntário do autor e do Estado de Minas Gerais. O primeiro, insistindo em obter o atendimento integral do seu pedido, com a declaração de seu direito à promoção por antigüidade. O segundo, pugnando pela reforma da decisão com o reconhecimento da improcedência da ação ordinária, ressaltando a perda de objeto da pretensão de reposicionamento do autor em lista de antigüidade, vez que já aposentado.

Anote-se, preliminarmente, que a inicial é inepta e merecia indeferimento de plano, pois padece de defeito que a torna à evidência improsperável. O pedido revela-se impossível, e a ilegitimidade passiva da parte é manifesta e independe de qualquer indagação a respeito.

Intentou-se ação judicial contra o Estado de Minas Gerais, visando ao desfazimento de ato efetivado por setores administrativos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - órgão do Poder Judiciário -, bem como a obtenção de vantagens e promoções que somente a este último compete conferir, mediante a observância de vários procedimentos e institutos legais.

A legitimidade da parte é uma das condições da ação, e a ausência de condição de ação torna abusivo e, por isso, inadmissível o exercício do respectivo direito.

Aquele que pede a tutela jurisdicional em relação a um litígio deve ser o titular da pretensão formulada em Juízo e deve, obviamente, apresentá-la em face de quem é o sujeito passivo dessa





pretensão. Trata-se de condição indeclinável para a admissibilidade da tutela jurisdicional e que se liga intimamente à pretensão deduzida em Juízo.

Quanto ao pedido do autor, atendido parcialmente pela sentença de fls., merece total improcedência e reforma integral a decisão.

O autor, após longa peregrinação pelos setores administrativos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no intuito de reverter os descontos dos dias faltosos em junho de 1992, para efeito de melhor classificação em lista de antigüidade, promove ação judicial para tal finalidade, contra parte ilegítima, indo, inclusive, mais além, ao almejar uma declaração judicial de promoção à entrância intermediária.

Claramente se percebe a impossibilidade do pedido, pois bem esclarecedoras são as informações prestadas pela Diretoria da Magistratura deste Tribunal (fls. 78/80), relativamente ao pedido de ressarcimento de danos à carreira do Magistrado, com a declaração de sua promoção à entrância intermediária:

"o desenvolvimento na carreira da Magistratura compreende um processo complexo, pressupondo existência de vagas disponíveis para a promoção ou remoção, publicação de editais com inscrição regular e tempestiva e votação pela Corte Superior, podendo haver, inclusive, a possibilidade de recusa.

Tal procedimento é regulado em vários diplomas legais, a começar pelas Constituições Federal e Estadual, Lei de Organização Judiciária e Regimento Interno do Tribunal de Justiça, envolvendo, pois, diversas variáveis, que inviabilizam apurar-se, com certeza, o estágio de cada magistrado na carreira, pelo simples decurso de tempo.

Diz o autor possuir direito de ser promovido. O reconhecimento de tal direito implicará, na verdade, a concessão de promoção pela via judicial, com desprezo de requisitos legais aferíveis *in concreto* (*v.g.*, art. 93, II e alíneas, da CF/88; art. 98, II e alíneas, da CE/89; art. 270 da CE/89; art. 96 e seguintes da LC nº 38/95), e com a supressão do direito subjetivo público do Tribunal de Justiça de, ao apreciar o nome do impetrante, recusar ou não a sua promoção, por 2/3 de seus membros (art. 93, II, alínea *d*, da CF/88; art. 98, II, *a*, da CE/89; e art. 199 da LC nº 38/95).

Daí poder-se concluir que nem mesmo o eventual reconhecimento do direito subjetivo do impetrante de figurar na 72ª colocação na lista de antigüidade pode assegurar-lhe a promoção por antigüidade. Não se deve confundir eventual direito subjetivo de figurar em tal lugar na lista de antigüidade, que depende de aferição de circunstâncias objetivas, com direito subjetivo de promoção, que pressupõe, além das condições objetivas previstas no direito objetivo, também a deliberação do Tribunal no sentido de não recusá-lo, por 2/3 de seus membros".

Inadmite-se, pois, a pretensão

de promoção por vias transversais, atropelando-se todos os procedimentos legais exigíveis para a validade do ato.

A questão foi submetida a julgamento pelo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, através da Reclamação contra Lista de Antigüidade nº 34.505/8, julgada em 20/03/95 (fls.), concluiu pela incompetência daquele Conselho para examinar ato administrativo da Presidência do Tribunal de Justiça, que determinou o desconto do tempo líquido para efeito de antigüidade.

Ora, se o próprio Conselho da Magistratura do TJMG declarou-se inapto a desfazer atos da Presidência deste Tribunal, competência alguma teria o Magistrado de primeiro grau para assim proceder, abonando faltas funcionais, interferindo em questões meramente administrativas, investindo-se nas funções inerentes à Corregedoria de Justiça, que, com o respaldo da Presidência, determinou tais providências.

A tudo isso acrescente-se a aposentadoria do autor em maio de 1997, conforme certidão da Diretoria da Magistratura acostada aos autos, resultando na perda de objeto da ação e inócua a pretensão do requerente de incluir-se em listas de antigüidade para efeito de promoções.

Assim considerando, no reexame necessário, reformo a sentença para indeferir o pedido inicial, condenando o autor nas custas e honorários de 20% sobre o valor da causa.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Participaram do julgamento os Desembargadores Pinheiro Lago e Abreu Leite.

*Súmula* - REFORMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, PARA INDEFERIR O PEDIDO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - TITULARIDADE - RESTRIÇÃO A FILHO - ARTIGO 363 DO CÓDIGO CIVIL - APLICABILIDADE - DESPACHO SANEADOR - PROVA PERICIAL REQUERIDA - AUSÊNCIA - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE - DESCABIMENTO - COISA JULGADA MATERIAL - AÇÕES ANTERIORMENTE EXTINTAS SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - INOCORRÊNCIA**

**- É de todo descabida a argüição de nulidade processual à conta da inexistência de despacho saneador e da não-produção de prova pericial requerida, se não alegado o possível prejuízo decorrente das falhas apontadas, mormente quando a causa não fora examinada em seu aspecto meritório.**





**- Não há que se falar em coisa julgada material se ações anteriormente propostas foram extintas sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa dos postulantes.**

**- A titularidade do direito à ação investigatória de paternidade restringe-se tão-somente ao filho, consoante regra inserta no artigo 363 do Código Civil, recepcionada que fora pela vigente Constituição da República. Aos herdeiros do falecido, a quem cabia o direito de ação da prova da filiação, somente é possível promover a ação se aquele faleceu menor ou incapaz (art. 350 do Código Civil).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.951/5 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Ação de reconhecimento de parentesco, com pedidos cumulativos de nulidade de partilha e herança - Postulação formulada por sobrinhos contra primos do inventariado, fundada na alegação de irmandade do pai dos autores (já falecido) e do *de cujus*, como filhos (natural e legítimo) de ascendente comum - Sentença extintiva do processo à consideração de coisa julgada resultante de decisões que deram pela impossibilidade jurídica da pretensão investigatória da paternidade, apenas reservada ao filho - Recurso que se improvê, mudado apenas o dispositivo da sentença - Caso em que a relação do parentesco pressupõe o reconhecimento da paternidade, insuscetível de investigação que não guarde observância ao art. 363 do CC e que, mesmo levada em conta a equiparação trazida pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal, encontraria óbice no art. 350 do CC.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 29 de junho de 1999. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Carlos Magno de Almeida.

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - Atendidos os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

É de se afastar a argüição de nulidade processual levantada pelo ilustrado Dr. Procurador de Justiça, à conta da inexistência de despacho saneador do processo e da não-produção de prova pericial por que havia protestado o Curador Especial de réus citados por edital. A argüição é todo descabida, mesmo porque não se alegou possível prejuízo decorrente das falhas apontadas e

também porque a causa não chegou a ser examinada em seu aspecto de mérito.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - Intentam os apelantes justamente a cassação da sentença extintiva do processo, pelo entendimento da existência de coisa julgada, com vistas à apreciação do mérito da causa, em que pretendem o reconhecimento de sua condição de sobrinhos de Patrocínio Gomes de Morais, cuja herança foi reclamada pelos apelados como primos, fundamentando os recorrentes o seu intento na alegação e irmandade natural de seu pai, Orozimbo Gomes de Oliveira, também já falecido, e do *de cujus*, como filhos comuns de José Luiz Gomes Netto.

Como se vê, a pretendida relação de parentesco necessariamente haveria de decorrer do reconhecimento daquela irmandade, ou seja, da filiação natural de Orozimbo Gomes de Oliveira de José Luiz Gomes Netto, pai legítimo de Patrocínio Gomes de Morais.

Tal pretensão esbarra no art. 363 do Código Civil, que restringe a titularidade do direito à ação investigatória da paternidade ao filho. E, mesmo levando-se em conta a equiparação da filiação estabelecida pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal, aquele intento encontraria óbice no art. 350 do Código Civil.

A despeito de toda a barafunda legislativa dos últimos tempos, aquelas disposições do Código Civil ainda resistiram à mudança e, como preceitos legais, devem ser observadas e respeitadas.

O julgado trazido à colação pelos autores, às fls. 54 e segs., não guarda similitude com a espécie dos autos.

E impõe-se a observação de que o acordo celebrado pelos falecidos Orozimbo e Patrocínio sobre a partilha dos bens deixados por José Luiz Gomes Netto (fls. 28/30) não implicou reconhecimento, pelo segundo, da condição de irmão do primeiro, como filhos comuns do terceiro.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, mudando apenas o dispositivo da sentença para fundamentar a extinção do processo no art. 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - Sr. Presidente, gostaria de reexaminar a matéria e, por isso, peço vista.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR; DEPOIS DE VOTAR O RELATOR, NEGANDO PROVIMENTO, MAS ALTERANDO O DISPOSITIVO DA SENTENÇA, PEDIU VISTA O REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos apelantes, o Dr. Carlos Magno de Almeida.

*O Sr. Des. Presidente* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 15/06/99, a pedido do Revisor.





Rejeitaram a preliminar depois de votar o Relator negando provimento, mas alterando o dispositivo da sentença.

Com a palavra o Desembargador Pinheiro Lago.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - A declaração de parentesco, perseguida pelos autores, implicaria o reconhecimento de ser Orozimbo filho de José Luiz e, conseqüentemente, irmão de Patrocínio.

Porém, tal como foi muito bem vislumbrado pelo em. Relator, dito reconhecimento encontra óbice no disposto no art. 363 do Código Civil, que restringe a titularidade do direito à ação investigatória de paternidade ao filho.

Embora não se desconheça a existência de julgados, inclusive do colendo STJ, em que, flexibilizando-se a exegese do mencionado art. 363 do Código Civil, admitem, por exemplo, ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com suposto avô (REsp nº 269-RS, publicado na *RSTJ*, 40/231), estou convencido de que esse multicitado dispositivo regula ação personalíssima, que não cabe mais que ao filho.

De qualquer modo, no mérito, a presente ação mostra-se, de todo, improcedente.

Em verdade, a escritura pública, celebrada entre Orozimbo e Patrocínio, erigida como principal alicerce da postulação, dispondo a respeito da partilha dos bens deixados por morte de José Luiz Gomes Netto, por ter-se cuidado de matéria puramente negocial, não pode ter o alcance de reconhecer Orozimbo como filho de José Luiz, mesmo porque o suposto irmão não tinha mesmo legitimidade para tal reconhecimento, pelo óbvio.

Ademais, a prova testemunhal produzida quedou-se bastante frágil, não servindo de suporte à pretendida declaração de parentesco.

Registre-se, por fim, que não se trata de ocorrência de coisa julgada, como entendeu o Juiz, simplesmente porque as duas anteriores ações de investigação foram extintas sem julgamento do mérito, mas - isto sim - de ilegitimidade ativa dos postulantes.

Isto posto, nego provimento ao recurso, apenas alterando o dispositivo da sentença, para extinguir o processo com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo com os votos que me precederam.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO, ALTERADO O DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

-:::-

## TOMBAMENTO - FACULDADES INERENTES AO DOMÍNIO - USO - GOZO - DISPOSIÇÃO - REDUÇÃO - VALOR ECONÔMICO DA COISA - DIMINUIÇÃO - INDENIZAÇÃO - PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

**- Ocorrendo, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado, devendo ser invocada, no entanto, a responsabilidade objetiva do Estado, e não a natureza jurídica do tombamento.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 122.401/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Administrativo - Tombamento - Direito à indenização. - A questão relativa à indenização no tombamento não se resolve pela sua natureza, mas pelo princípio da responsabilidade objetiva. Invocando tal preceito, em ocorrendo, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Cuidam os autos de ação ordinária formulada por Rolla Administração e Participação Ltda., por meio da qual pretende a condenação do Município de Belo Horizonte ao pagamento de indenização, em face do prejuízo que sofreu, pelo tombamento de imóvel do qual é co-proprietária.

O feito obedeceu à sua regular tramitação e culminou com a r. sentença, que julgou improcedente o pedido.

Não se conformando com a decisão singular, interpôs a autora recurso de apelação.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta douta instância revisora.





Breve relato. Decido.

Quando o tombamento atinge, de tal modo, o direito de propriedade, inviabilizando a utilização econômica do bem imóvel, a doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar a imprescindibilidade de indenização, visto que, nesta hipótese, equivale o tombamento à desapropriação indireta. A dúvida exsurge em havendo o aniquilamento parcial das faculdades inerentes ao domínio, com a imposição, ao proprietário, do dever de conservar a coisa.

Para muitos autores, a solução pode ser encontrada na natureza jurídica do tombamento.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*in Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 362 e seguintes), por visualizar no tombamento uma servidão, considerando que a propriedade é afetada por um ato específico da Administração Pública, entende que caberá indenização sempre que, da injunção cogitada, resultar um prejuízo para o proprietário do bem alcançado.

Já MARCELO CAETANO (*apud* EDIMUR FERREIRA DE FARIA. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 431) defende a inocorrência, em casos como o anteriormente destacado, de qualquer direito à indenização, visto que compreende, no tombamento, mera limitação administrativa, regido por uma norma genérica e impessoal, dirigida a todos que se enquadram na tipificação desta.

Penso, todavia, que a resolução do problema não está na natureza do tombamento, mas no princípio da responsabilidade objetiva.

Preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

"§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A responsabilidade objetiva do Estado não repousa na reprovação moral, porque destituída de qualquer idéia de culpa, porém, na repartição dos ônus e cômodos entre a coletividade, impedindo que o particular, lesado em razão da atividade da Administração Pública, seja pela prática de atos ilícitos, seja pela realização de comportamentos legítimos, suporte integralmente o prejuízo.

Em ocorrendo, portanto, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado, invocando, no entanto, a responsabilidade objetiva do Estado, e não a natureza jurídica do tombamento.

Neste aspecto, leciona FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI:

"Em prol da coletividade, o titular sofre restrições no seu direito de propriedade e uma diminuição do seu patrimônio.

Baseada a regra de indenização pelo Poder Público no fracionamento dos ônus e cômodos, não vejo como escapar à conclusão de que necessário se faz o repartimento dos prejuízos sofridos. *Sem isso, é de se aceitar que apenas sobre o titular do bem tombado recaia o ônus de arcar com o cômodo coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio da solidariedade social norteador da responsabilidade civil do Estado.*

Não há norma jurídica positiva ou princípio exigente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação. Antes, ao contrário, 'os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trouxer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido'.

*Por estas razões, penso eu, os prejuízos causados pelo tombamento compulsório devem ser indenizados pelo Poder Público, respeitando-se o princípio geral de reparação, isto é, da forma mais completa possível, ressarcindo o dano o mais integralmente possível.* É a única solução que se compatibiliza com os princípios norteadores da responsabilidade patrimonial do Estado". ("Tombamento e Dever do Estado de Indenizar". *Revista dos Tribunais,* v. 709, p. 334 - grifei.)

Na hipótese, pela bem produzida perícia técnica, ficou demonstrado o prejuízo sofrido pelo proprietário, em razão do tombamento do bem imóvel do qual é co-titular, correspondente à diminuição da sua expressão econômica, pelo ônus que lhe foi imposto, em razão do ato administrativo, de conservar a coisa.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso de apelação, para, reformulando a sentença, condenar o Município de Belo Horizonte a pagar à autora indenização, em face do prejuízo que sofreu, decorrente do ato de tombamento, conforme valores apurados em perícia, respeitado o quinhão da qual é titular.

Inverto, de outro modo, os encargos sucumbenciais, impondo ainda à recorrida o ônus pelas custas recursais.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-





**SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - APOSENTADORIA PROPORCIONAL - PROVENTOS - REDUÇÃO A PARTIR DO INGRESSO NA INATIVIDADE - PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS INTEGRAIS ATÉ O ATO DE APOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - VERBA INDEVIDA - CARÁTER ALIMENTAR - IRRELEVÂNCIA - NÃO-PAGAMENTO - ATO ADMINISTRATIVO - ERRO DE FATO - VÍCIO - RETIFICAÇÃO**

**- O servidor que requer sua aposentadoria proporcional e imediatamente se afasta do serviço público assume, a partir daí, a condição de inativo, pelo que deve sofrer redução nos seus vencimentos, não tendo ele direito à percepção dos proventos integrais até a publicação do ato de aposentação, pois os efeitos deste, inclusive pecuniários, retroagem à data daquele afastamento. Ademais, a norma do art. 36, § 6º, da Constituição Estadual, garante o afastamento imediato do servidor, mas não lhe confere o direito de perceber proventos integrais enquanto não publicado o ato de sua aposentadoria.**

**- Detectada a irregularidade quanto ao pagamento dos vencimentos do servidor que, embora tenha requerido sua aposentadoria proporcional e se afastado de imediato das atividades, continua percebendo vencimentos integrais, a retificação do ato administrativo reduzindo os proventos se impõe, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, pois que fundado em erro de fato, capaz de torná-lo viciado e insuscetível de gerar direitos.**

**- Mesmo em se tratando de verba de caráter alimentar, se indevida, não deve ser paga.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 122.820/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Aposentadoria proporcional - Redução dos proventos a partir do ingresso na inatividade, independentemente da publicação do ato - Constituição Estadual, art. 36, § 6º, que garante o afastamento imediato do servidor a partir do pedido de aposentadoria, mas não a percepção de vencimentos integrais enquanto não publicado o ato de aposentação - Retificação de ato administrativo, fundado em erro de fato, capaz de torná-lo viciado e insuscetível de gerar direitos.

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, 13 de abril de 1999. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Crisnanda Pane Siscar.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - Ajuizou o recorrente ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, alegando ter requerido sua aposentadoria proporcional em fevereiro de 1995 e imediatamente se afastado do serviço público, conforme faculta o artigo 36, § 6º, da Constituição Mineira. Percebeu proventos integrais até outubro de 1996, quando o réu passou a debitar-lhe parcelas a título de "reposição de vencimentos e vantagens" e "anulação de vencimentos proporcionais".

Considerando injusta e ilegal a redução procedida em seus vencimentos, requereu tutela antecipada com a finalidade de restabelecimento da remuneração integral e a procedência do pedido no sentido da declaração de nulidade do ato de redução dos proventos, naquele período em que se manteve afastado das atividades, até a data da publicação do ato ratificador de sua aposentadoria.

Denegada a tutela e julgado improcedente o pedido inicial, pela sentença de fls., recorre, tempestivamente, o autor, pugnando pela reforma da decisão, mas creio não lhe assistir razão.

O próprio recorrente informa ter requerido sua aposentadoria proporcional aos 31 anos de serviço (retificados para 32, após levantamento administrativo) e ter-se afastado imediatamente de suas funções, aguardando, *na inatividade*, a publicação do ato.

Assim sendo, não há por que reclamar dos descontos procedidos em sua folha de pagamento, se os vencimentos percebidos naquele período não se encontravam condizentes com a condição de inativo que assumiu a partir de seu afastamento imediato do serviço público.

Não procede a dedução do recorrente no sentido de que seria ele considerado aposentado, para todos os efeitos, somente a partir da publicação do ato, pois, apesar da publicação *a posteriori*, seus efeitos, inclusive pecuniários, retroagem à data do afastamento do servidor, ou muito cômoda e vantajosa seria a sua permanência nessa fase de transição, fora da atividade e com todos os direitos a ela inerentes.

A norma inserta no artigo 36, § 6º, da Constituição Mineira, assegura ao servidor afastar-se de suas atividades a partir do requerimento da aposentadoria, mas daquela redação não se extrai o entendimento de que tal afastamento seria com proventos integrais até a publicação do ato de aposentação, se a aposentadoria foi proporcional, e não trouxe o recorrente a norma legal que desse modo dispusesse para garantir-lhe tal direito.

O que ocorreu, efetivamente, foi apenas a retificação de ato administrativo, fundado em erro de fato, capaz de torná-lo viciado e insuscetível de gerar direitos. E, inobstante a retificação do ato vir a causar incômodo a interesses particulares, esses não podem se sobrepor ao interesse público, mesmo porque o ato não ofende direito do recorrente, pois só lhe retira o que, na realidade, não devia ele estar recebendo.





Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (Súmula nº 473, STF), e para essa anulação não se exigem formalidades essenciais: basta que se demonstre a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, justificada a anulação do ato.

Tem-se que o ato nulo não vincula as partes, resultando, com a anulação, desfeitas as relações entre elas, retroagindo à prática do ato e invalidando seus efeitos desde então.

Insubsistente a alegação de tratar-se de verba de caráter alimentar, pois, mesmo essa, se indevida, não haveria de ser paga. O servidor e seus dependentes terão direito aos benefícios efetivamente obtidos em decorrência do exercício da função pública, de forma legal, sendo injusto mantê-lo percebendo vantagens indevidas, computadas a maior em seus proventos.

Toda a atividade administrativa está estritamente subordinada à lei, pois na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal do administrador. Os atos administrativos, sejam de que espécie forem, podem ser corrigidos ou invalidados a qualquer tempo se verificada sua desconformidade com a lei. A função administrativa é tipicamente de observância do Direito, de forma que a Administração, serva da lei, somente pode praticar atos subsumida às normas legais.

Uma vez detectada a irregularidade no ato de afastamento preliminar, que deveria observar a remuneração condizente com a nova situação do servidor, impunha-se a retificação do ato, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Questão similar já decidiu esta Câmara no julgamento da Apelação nº 103.520/3, em 10/03/98.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Pinheiro Lago e Abreu Leite.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**USUCAPIÃO - TERRENO ORIGINÁRIO DE DESVIO DE ÁLVEO DE RIO - OBRA DO PODER PÚBLICO - ART. 26 DO CÓDIGO DAS ÁGUAS - NÃO-INCIDÊNCIA - ART. 27 DO DECRETO Nº 24.643/34 - REQUISITOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PRETENSÃO RECURSAL - INACOLHIMENTO - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - LAPSO TEMPORAL INSUFICIENTE - NÃO-RECONHECIMENTO**

**- Se o abandono do álveo do rio ocorreu em razão de obras realizadas pelo Poder Público, não há que se falar em incidência do artigo 26 do Código das Águas, que, prevendo a aquisição de propriedade, pressupõe o abandono do álveo por obra da natureza. O parágrafo único do referido artigo demonstra a ocorrência dessa exegese, na medida em que, prevendo o retorno do rio, deixa evidente que tal fato se dá naturalmente, sobre não cogitar de nenhuma atuação humana. Além do mais, nesse caso, a norma do artigo 27 do estatuto legal em referência exclui a incidência do artigo 26 acima mencionado.**

**- Ausente a comprovação dos requisitos fáticos estabelecidos pelo artigo 27 do Código das Águas, é de se inacolher pretensão recursal com base nele formulada.**

**- Não se reconhece a existência de usucapião quando, para tal efeito, não se constata a ocorrência do lapso temporal mínimo definido em lei.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.294/1 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. FERNANDES FILHO

Ementa oficial: Ação de usucapião - Terreno originário do desvio de álveo de rio, por obra do Poder Público - Ausência de comprovação de desapropriação aos proprietários em que passou aquele a correr - Inaplicabilidade do art. 27 do Código das Águas - Ausência de comprovação, contudo, dos alegados atos possessórios por parte dos antecessores dos autores, máxime que imprestável o terreno sem a realização de obras de aterramento - Início destas, pelos autores, por lapso inferior ao previsto para a consumação da prescrição aquisitiva - Improcedência do pedido - Provimento do recurso do Ministério Público.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 23 de março de 1999. - *Fernandes Filho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Conheço do recurso, aos pressupostos de admissibilidade, rejeitando a preliminar argüida: o Ministério Público deve ser intimado pessoalmente (§ 2º do art. 236 do CPC). Sendo-o, *in casu*, aos 16/02/98, e como o seu prazo para recorrer é contado em dobro (art. 188, *in fine*, do CPC), a interposição do recurso aos 06/03/98 é tempestiva.

Os apelados demandaram a declaração de terem adquirido o imóvel descrito na inicial, por usucapião.





O Estado de Minas Gerais contestou o pedido, alegando que parte do mesmo seria de sua propriedade; o que, constatado pelo respectivo título e pela perícia, levou o d. Juiz a julgar parcialmente procedente o pedido, excluindo da decisão a parte do imóvel referenciada.

Recorrendo, pretende o Ministério Público a improcedência do pedido, por isso que a área usucapienda se originou da mudança do álveo de um rio público. Neste caso, como o Estado de Minas Gerais é o proprietário de um imóvel localizado às margens do antigo álveo, a área decorrente passou a lhe pertencer, nos termos do art. 26 do Código das Águas.

Assim não fosse, sustenta que, como a mudança da corrente se deveu a obras realizadas pelo Município de São Lourenço, a este passou a pertencer o álveo abandonado, consoante previsão do art. 27 do Código das Águas.

Por fim, se superadas essas alegações, entende não poder prosperar o pedido porque não demonstrado o tempo necessário para a aquisição do bem, pela via eleita.

A meu modesto sentir, não ocorreu a incidência do art. 26 do Código das Águas: isto porque a norma que dali ressai - prevendo a aquisição de propriedade - pressupõe o abandono do álveo por obra da natureza.

O parágrafo único do referido artigo demonstra a correção desta exegese, na medida em que, prevendo o retorno do rio ("Retornando o rio ao seu antigo leito..."), deixa evidente que tal fato se dá naturalmente, sobre não prever nenhuma atuação humana.

Mesmo porque a norma do art. 27, que prevê o desvio do álveo pelo Poder Público - que ocorreu *in casu* -, exclui a incidência da do art. 26.

Nestes termos, se ocorrentes os respectivos pressupostos, seria induvidosa a aquisição, pelo Município, da área que se pretende usucapir, conforme está a postular o recorrente.

A inicial, com efeito, é expressa em reconhecer a origem da área usucapienda:

"Devidamente esclarecidos os fatos antes narrados, é de se considerar, ainda, que o terreno objeto da ação teve sua origem na retificação do Rio Verde, ocorrida nos idos de 1964, ficando toda a área do antigo leito, bem como suas margens, até os fundos da Delegacia de Polícia local, sob a posse mansa e pacífica dos transmitentes da posse aos autores, conforme referido no item II".

Pois bem.

Não há nos autos comprovação de o Município ter procedido à desapropriação da área por onde passou a correr o leito do rio. Neste caso, não haveria nenhuma despesa a ser compensada, finalidade da norma instituída

pelo art. 27 do Código das Águas, alcançável pela atribuição da propriedade ao Poder Público.

Demais, qualquer pretensão indenizatória de terceiros, no pertinente, estaria prescrita, por isso que a retificação do leito do rio se deu nos idos de 1964.

À ausência de comprovação, pois, de todos os requisitos de fato estabelecidos pelo art. 27, inacolho a pretensão recursal, com base nele formulada.

Entende, por fim, o recorrente, não comprovado o lapso de tempo necessário à aquisição do bem, pela via eleita.

A argumentação procede.

Na inicial, os apelados sustentam que teriam, à época da propositura da demanda - abril de 1994 -, dez anos de posse mansa e pacífica sobre o imóvel, adquirida pela cessão dos antecessores nos termos do instrumento de fls. 16/17. Tal instrumento, contudo, é datado de dezembro de 1992. Logo, revela-se inverossímil a alegação, na medida em que deixam a entender que o início de sua posse coincidira com a celebração daquele negócio.

A confirmação do lapso temporal alegado pelos apelados e pelas testemunhas, na audiência de justificação (fls. 62/64), resta, assim, em flagrante contradição com a própria afirmação da inicial, mercê do que desvaliosa.

Desvalioso, igualmente, o depoimento do filho da cedente da área. Primeiro, porque, em sua maior parte, se referiu a um terreno que a mãe adquirira, também por usucapião, contíguo à área cedida aos apelados; informou, ainda, que a posse da mãe datava de mais de quarenta anos. Se tal lapso se refere à posse do imóvel que ela adquiriu, nenhuma influência tem sobre o deslinde desta causa; se se refere à área usucapienda, impossível aquele lapso, na medida que ela surgiu da retificação do rio, em 1964.

Demais, todas as testemunhas são unânimes em afirmar que o aproveitamento do terreno, por alagadiço, só seria possível se fosse aterrado, fato igualmente constatado pela perícia (fls. 91). Os próprios apelantes juntam, com suas contra-razões, declaração do Prefeito Municipal, dando conta de que apenas com o aterro por eles realizado se tornou possível o respectivo aproveitamento.

Ora, se antes desta obra impossível a utilização econômica do terreno, é de se concluir que não houve, à ausência de prova efetiva, qualquer ato realizado pelos antecessores, que se pudesse caracterizar como possessório.

E, como foram os apelados que iniciaram o aterro do terreno, evidente o *animus domini*. Todavia, tal aterro, pela testemunha de fls. 64, estaria sendo realizado pelos apelados há cinco anos e, pelas informações do perito, há dez anos, tempo insuficiente para a consumação da prescrição aquisitiva.





Nestes termos, procede a irresignação do ilustrado órgão do *Parquet*, cujo recurso muito o recomenda.

Ao exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Sérgio Lellis Santiago e Rubens Xavier Ferreira.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

## CÂMARA MUNICIPAL - CAPACIDADE PROCESSUAL - LIMITAÇÃO À DEFESA DE PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS PRÓPRIAS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - ARBITRAMENTO EXCESSIVO - REDUÇÃO - AÇÃO CONDENATÓRIA JULGADA EXTINTA - § 3º DO ART. 20 DO CPC - INAPLICABILIDADE

**- Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a câmara municipal tenha capacidade processual. Todavia, a possibilidade de ser parte restringe-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. E, por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento, sendo parte legítima, nesta hipótese, apenas o município.**

**- Tratando-se de honorários de advogado em ação condenatória julgada extinta, é incabível a aplicação do § 3º do art. 20 do CPC, devendo ser fixados observando-se, obrigatoriamente, a regra do § 4º do art. 20, do mesmo *codex*.**

**- Ainda que os honorários de advogados tenham sido fixados com orientação ao que prescreve o art. 20, § 4º, do CPC, devem ser reduzidos, quando se revelarem excessivos, especialmente se verificado que a matéria ventilada não demandou maiores esforços das partes.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 126.160/1 - Comarca de Presidente Olegário - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Processual civil - Câmara de vereadores - Capacidade processual - Hipóteses em que a câmara municipal pode ser parte na relação processual. - Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a câmara municipal tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte restringe-se à defesa de suas prerrogativas institucionais.

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 PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 28 de maio de 1999. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - Configurados os pressupostos de admissibilidade previstos pela legislação processual, conheço do recurso de apelação.

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por José Amorim da Silveira, em face da sentença proferida na ação ordinária proposta contra a Câmara Municipal de Presidente Olegário, que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que, em ações dessa natureza, que buscam a reparação por danos morais, é parte legítima apenas o Município.

Insiste o recorrente na existência de personalidade jurídica do ente legislativo local.

Nesta instância, opina a Procuradoria-Geral de Justiça pela reforma da sentença, apenas quanto aos ônus de sucumbência.

Breve relato. Decido.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES que:

"A personalidade jurídica não se confunde com a personalidade judiciária; esta é um *minus* em relação àquela. Toda pessoa jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas órgãos há que, embora sem personalidade jurídica, podem estar em Juízo, em seu próprio nome, em mandado de segurança, porque são titulares de direitos subjetivos suscetíveis de proteção judicial quando relegados ou contestados. Nessa situação se encontram os órgãos do governo local - Prefeitura e Câmara - aos quais se atribuem funções específicas, prerrogativas funcionais e direitos próprios inerentes à instituição. Desde que estes órgãos têm direitos subjetivos, hão de ter meios judiciais - mandado de segurança e ações comuns - e capacidade processual para defendê-los e torná-los efetivos". (*Direito Municipal Brasileiro*. 6ª ed. atual. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, p. 445.)

Portanto, conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a Câmara Municipal tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte restringe-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. Por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento.

É parte legítima, nesta hipótese, apenas o Município.





Assim já decidiram os tribunais:

"Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Ilegitimidade passiva da Assembléia Legislativa. Legitimidade do Estado. Art. 12, I, do CPC.

1. A Assembléia Legislativa, por não possuir personalidade jurídica, tem sua capacidade processual limitada à defesa de interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento, restando ao Estado, por ser pessoa jurídica de direito público, nos termos do que dispõe o art. 12, I, do CPC, a legitimidade para ocupar o pólo passivo da relação processual.

2. Precedentes do Tribunal.

3. Recurso especial improvido". (STJ - Sexta Turma, REsp nº 94.397-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJ* de 17/02/1999, p. 170.)

"Administrativo. Conversão de férias em pecúnia. Aposentadoria. Ilegitimidade da Câmara Municipal. Correção monetária. Termo inicial.

1. A Câmara Municipal não é dotada de personalidade jurídica, apenas tem legitimidade para atuar judicialmente na garantia de defesa de seus direitos institucionais.

2. Cabe ao Município figurar no pólo passivo de demanda ajuizada por servidores de Câmara Municipal, objetivando indenização de férias não gozadas.

3. A correção monetária, em face do caráter alimentar do débito, deverá incidir desde quando devida a prestação.

4. Recurso não conhecido". (STJ - Quinta Turma, REsp nº 37.245-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* de 11/05/1998, p. 138.)

"Processual civil. Execução contra a Câmara Municipal.

1. Em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica.

2. A capacidade processual é limitada a defender interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento.

3. Executivo fiscal promovido contra Câmara Municipal não tem condições de prosseguir, pela absoluta ilegitimidade do ente passivo de mandado.

4. Extinção do processo sem julgamento do mérito". (STJ - Primeira Turma, REsp nº 88.856-SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19/08/1996, p. 28.440.)

Por outro lado, como bem acentuou o douto Procurador de Justiça, Darcy Souza Filho:

"Já se disse alhures que: ... 'Ressalvada a hipótese de exercício de

personalidade judiciária, que, exceção que é, se limita a permitir que um dos Poderes municipais, utilizando mecanismo específico (mandado de segurança), se oponha ao outro Poder na defesa de prerrogativa própria, ofendida ou ameaçada de ofensa - ressalvada essa hipótese -, não se pode instaurar, no caso, relação processual entre o autor e simples órgão despersonalizado; a Câmara Municipal não dispõe de patrimônio próprio, o Município é que o detém e, por isso mesmo, somente ele poderá responder pelas conseqüências patrimoniais que advierem das irregularidades apuradas...'".

Correta, portanto, ao meu ver, a sentença, ao julgar extinto o feito, entendendo que somente o Município poderia figurar no pólo passivo da ação em que busca o autor o ressarcimento por danos morais, por força de comportamento atribuído ao Presidente da Câmara Municipal.

Penso que a decisão só merece ser revista no que diz respeito à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

Em primeiro lugar, trata este feito de ação *condenatória julgada extinta*, sendo, portanto, incabível a aplicação do § 3° do art. 20 do CPC, que fixa os honorários em percentual entre 10% e 20% sobre o valor da *condenação*, ou, ainda, a estipulação do mesmo percentual sobre o valor da causa.

Afinal, consoante lição do professor JOSÉ RUBENS COSTA, "*seja nas ações condenatórias julgadas procedentes na totalidade ou em parte, seja nas ações constitutivas ou nas declaratórias, o valor da causa, pelo menos como disciplinado pelo Código, não se presta de parâmetro de honorários* (...).

Tem-se afirmado possível o percentual sobre o valor da causa se a ação condenatória for julgada improcedente, por inexistir condenação (STJ, Primeira Turma, REsp n° 5.664-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, v.u., *DJU*, 10/jun./1991, p. 7.846).

Se adequada a assertiva, *eliminados estariam os critérios legais*, porque não apenas nas condenatórias improcedentes inexiste valor da condenação, senão em quaisquer ações declaratórias e constitutivas, o que faria incidir a condenação sobre o valor da causa. *Os critérios legais, todavia, são outros*" (*in Manual de Processo Civil*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 35) (grifei).

Nos casos em que não há condenação, *o critério legal adotado pelo CPC* remete obrigatoriamente à observância do art. 20, § 4°, ou seja, deve o julgador arbitrar honorários eqüitativamente, levando em conta o grau de zelo com que o advogado se houve na demanda, o lugar da prestação do serviço, natureza da demanda e o tempo despendido pelo profissional.

Mas, ainda que tenha sido orientado pelo que prescreve o art. 20, § 4°, do CPC, acredito que os honorários advocatícios arbitrados pelo Magistrado singular se revelam excessivos, considerando, especialmente, que as matérias ventiladas não demandaram maiores esforços das partes, pelo que pode ser reduzido à metade.

Com estas considerações, dou provimento parcial ao recurso de apelação, apenas para reduzir pela metade o valor da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios imposta ao recorrente.

Custas, pelo recorrente.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo.

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE COMERCIALIZAÇÃO - DETERMINADO PRODUTO - VEDAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA - PROIBIÇÃO - ATO DE PREFEITO MUNICIPAL - ILEGALIDADE - ARBITRARIEDADE**

**- Reveste-se de ilegalidade e arbitrariedade o ato de prefeito municipal que nega a alguém o direito de comercializar determinado produto, se inexistente lei que o proíba, pouco importando o fato de outros membros da família possuírem licença para tal, ou a circunstância de algum deles se encontrar em débito com a municipalidade.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 127.113/9 - Comarca de Capelinha - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Ato de prefeito municipal - Proibição de comercialização da fruta denominada "pequi" - Ausência de regulamentação municipal - Ato arbitrário - Segurança concedida.

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 NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 1999. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Abreu Leite* - Trata-se de mandado de segurança impetrado

por Valmir Dias de Oliveira contra ato do Sr. Prefeito Municipal de Capelinha, que lhe negou o direito de comercializar a fruta denominada "pequi", como vendedor ambulante.

Pela r. sentença de fls. 67/71-TJ, o MM. Juiz julgou procedente o pedido inaugural, concedendo a ordem postulada, entendendo como arbitrária a atitude do Prefeito e possibilitando ao impetrante a comercialização da referida fruta, ressalvando o direito de o impetrado estabelecer o local de sua comercialização.

Não houve recurso voluntário.

Vieram os autos ao reexame necessário.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela manutenção do r. julgado (fls. 80/83-TJ).

Conheço da remessa oficial.

A autoridade coatora negou ao impetrante o direito de comercializar "pequi", alegando, em síntese, que a sua esposa já possui alvará para localizar-se na área do mercado e que seu pai também atua na mesma área, encontrando-se em débito com a Municipalidade.

Tais alegações foram de plano desprezadas pelo MM. Juiz, aduzindo que "*não há lei que impeça que em uma mesma família todos sejam comerciantes estabelecidos*" e que o impetrante não se obriga a responder pelas dívidas de seu genitor.

Ao conceder a segurança, o digno Sentenciante ressalvou o direito do impetrado de estabelecer o local de comercialização da referida fruta, atendendo ao critério da igualdade e razoabilidade, e também fez ressalva com relação à tributação, deixando claro que o impetrante não se isentará de eventuais exigências legais pela concessão do *writ*.

O ato combatido realmente se constitui numa arbitrariedade do Administrador Municipal, pois não trouxe sequer um motivo legal a justificar o impedimento da comercialização do "pequi".

Vale registrar que se trata de um trabalhador rural pretendendo vender seus plantios, que inclusive são perecíveis e não há nenhuma lei municipal que proíba a sua venda, a não ser a má vontade de seu Administrador, num momento delicado da economia brasileira, em que prepondera a recessão e o desemprego.

Como salientou o douto Procurador de Justiça, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, principalmente porque o ato combatido não possui respaldo na legislação municipal, pouco importando se a esposa do impetrante já possui uma licença ou se o seu pai está em débito com a Municipalidade.

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo a r. sentença no duplo grau de jurisdição.





*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - De acordo.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - De acordo.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

-:::-

**REGISTRO CIVIL - NASCIMENTO - ANULATÓRIA - CUMULAÇÃO COM NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DECLARAÇÃO ESPONTÂNEA NO REGISTRO - VÍCIOS - COAÇÃO - ARTIGO 98 DO CÓDIGO CIVIL - INTELIGÊNCIA - INEXISTÊNCIA - EXAME VERIFICADOR DA PATERNIDADE - RECUSA - MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - EXAME DE DNA - REGISTRO PÚBLICO - PREVALÊNCIA**

**- Improcede ação de nulidade de registro público cumulada com negatória de paternidade se dos autos não se vislumbram quaisquer dos vícios que maculam os atos jurídicos em geral, a colocar em dúvida a vontade paterna espontânea e declarada no que tange ao reconhecimento do filho quando da lavratura do registro civil.**

**- Simples pressão da mãe sobre o pretenso pai, visando induzi-lo a efetivar o registro do filho, não basta para configurar coação com todos os seus requisitos nos termos estabelecidos no art. 98 do Código Civil.**

**- A alegação da parte de que a recusa da mãe do menor à submissão de exame verificador de paternidade caracteriza má-fé, por si só, não serve para configurá-la, além do que a má-fé apenas não se encontra prevista como defeito do ato jurídico em si, afigurando-se inócua a pretensão.**

**- A declaração de paternidade feita quando da lavratura do registro implica o reconhecimento do filho, por haver sido efetuada perante o notário, trazendo implícita a conotação de espontaneidade do ato, com manifestação livre de vontade a ser desconstituída somente pela demonstração cabal e irrefutável da ocorrência de um dos defeitos do ato jurídico legalmente previstos.**

**- A prova pericial de DNA levada a efeito não tem o condão de ensejar a desconstituição de registro público, invalidando-o, até mesmo porque a validade do referido exame é hodiernamente questionada em face da diversidade de técnicas empregadas em sua execução, cuja averiguação se faz necessária em cada caso concreto, mormente quando aludida prova se mostra isolada nos autos e, portanto, inábil para fundar a decisão do feito, por não se referir diretamente ao objeto do litígio.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 128.771/3 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Registro civil - Ação anulatória cumulada com negatória de paternidade - Reconhecimento de paternidade mediante declaração espontânea expressa em registro de nascimento - Desconstituição - Necessidade de demonstração inequívoca da ocorrência de um dos defeitos do ato jurídico aptos a acarretar-lhe a invalidação - Inexistência que implica a improcedência do pedido - Irrelevância da existência de prova pericial pelo método de DNA - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 04 de maio de 1999. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - Inconformado com a decisão que, nos autos da ação de nulidade de registro público c/c negatória de paternidade, movida por E.V.G., em face de M.S.G., representado por sua mãe R.O., julgou improcedentes os pedidos formulados, apela o autor, ao argumento de que a mesma se encontra divorciada das provas dos autos, tendo sido proferida "em completo desacordo com a legislação e o Direito".

Pretende, o recorrente, a cassação do *decisum*, apontando para a presença de contradição e nulidade no mesmo, verificadas em sua fundamentação, onde o Magistrado considera inexistente a coação alegada, ignorando a alegação de erro em que teria incorrido o autor, além do dolo e má-fé da genitora do menor ao induzi-lo a efetivar o registro, os quais estariam a viciar o ato levado a efeito pelo recorrente.

Afirma que o erro a que foi induzido o recorrente consiste na realização do registro civil do menor, sob a alegação de que o mesmo seria seu filho, sabendo a genitora que tal fato não correspondia à realidade, sendo que a referida genitora teria agido imbuída de má-fé e dolo inquestionáveis, com o intuito de obter benefícios financeiros para a criação do filho.

Assevera ainda que, diante do resultado do exame de DNA levado a efeito, cuja conclusão excluiu a paternidade alegada, não poderá prevalecer o registro, sendo que a anulação deste se impõe, interessando até mesmo ao menor, em virtude do prejuízo por ele sofrido com a imputação de filiação inverídica.

Manifesta-se, o apelado, pela manutenção da sentença, tendo em vista que "não se demonstrou ameaça ou coação que teriam sido praticadas pela genitora do apelado para a consecução do registro do apelado", acrescentando que "o apelante compareceu sozinho ao cartório de registro, ali expressando o ânimo de reconhecer o filho, sendo patente que tal reconhecimento se torna irretratável, ausente o vício de vontade".

Conforme se infere de uma análise acurada da exordial, a presente ação de nulidade de assento de registro de nascimento e registro de filho encontra-se lastreada em coação a que teria sido submetido o autor, alegando que a atitude da genitora do menor ao atribuir-lhe a paternidade estaria revestida da mais pura má-fé, presumível pela negativa desta em submeter-se a exame de comprovação de paternidade.

Ocorre que a coação, nos termos do art. 98 do Código Civil, onde se encontra prevista, "para viciar a manifestação de vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido".

Inexistem nos autos quaisquer elementos que apontem para a conclusão de que tenha ocorrido a coação alegada, sendo que, *in casu*, competia ao recorrente o ônus probatório de suas assertivas, para que a ação pudesse vir a ter o deslinde por ele pretendido.

A mãe do menor nega em seu depoimento a prática de qualquer ato de coação, admitindo, tão-somente, haver procurado o apelante em seu local de trabalho, para que este procedesse ao registro da criança, e, como este não compareceu ao cartório na data aprazada, telefonou-lhe para que o fizesse com o fim de registrar o menor.

Desta forma, tem-se que o vício alegado pelo recorrente não restou demonstrado, a teor do art. 98 do Código Civil, pois, como é cediço, simples pressão não basta para configurar coação com todos os seus requisitos.

A má-fé atribuída à mãe do menor, mesmo que pudesse ser de plano admitida, não bastaria por si só a acarretar o efeito perseguido pelo recorrente. A simples alegação de recusa à submissão de exame verificador de paternidade não serve para configurar a má-fé ventilada. Além do que a má-fé pura e simples não se encontra prevista como defeito do ato jurídico em si e, como se busca a desconstituição de ato jurídico perfeito, afigura-se como inócua a alegação feita.

Quanto à alegação de "dolo", ventilada na peça recursal, tem-se que a mesma constitui em inovação do pedido, porque de todo inexistente no contexto da inicial, não estando, pois, a merecer quaisquer considerações.

O erro aventado pelo recorrente não o socorre, porque, ao praticar o ato, tinha ele ciência do que estava fazendo, não servindo a afastar este fato a alegação de que só registrou porque a mãe do registrando disse ser dele o filho, pois, se não houvesse a mais míni-

ma possibilidade de ser verídica a afirmação, certo é que o recorrente não teria aceitado prestar as declarações que prestou.

No que concerne ao registro propriamente dito, o qual se busca desconstituir por meio desta ação, somos de entendimento de que a declaração de paternidade feita quando da lavratura do mesmo, implicando o reconhecimento do filho, por haver sido efetuada perante o notário, traz implícita a conotação de espontaneidade do ato, com manifestação livre de vontade, a ser desconstituída somente pela demonstração cabal e irrefutável da ocorrência de um dos defeitos do ato jurídico legalmente previstos.

Houve reconhecimento voluntário de filho, efetuado através de registro público, o qual, como se sabe, é perpétuo e irrevogável.

A prova pericial levada a efeito não tem o condão de ensejar a desconstituição de declaração feita em registro público, invalidando-o. Mesmo porque se questiona hoje a validade de referido exame, em face da diversidade de técnicas empregadas em sua execução, cuja averiguação se faz necessária em cada caso concreto, ainda mais quando referida prova, além de pairar sozinha no caderno processual, não se mostra hábil a fundar a decisão do feito, por não referir-se diretamente ao objeto do litígio.

Assim considerando, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença guerreada.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Rubens Xavier Ferreira e Pinheiro Lago.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**PATERNIDADE - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO EM AUDIÊNCIA - MÉRITO - JULGAMENTO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - RESCISÓRIA - RECURSO - PREPARO - INSUFICIÊNCIA - DESERÇÃO - INOCORRÊNCIA**

**- Na esteira do entendimento esposado pelo STJ, a insuficiência do preparo, com pagamento apenas das custas, sem a taxa de remessa e retorno dos autos da apelação, não é causa para o decreto de deserção, pois representa importância insignificante e não se iguala à falta de preparo, situação prevista na lei como causa para que se julgue deserto o recurso.**

**- Apesar de constar textualmente ter ocorrido "composição amigável" quanto ao reconhecimento voluntário da paternidade em audiência, a decisão proferida manifestou-se quanto ao mérito, não podendo ser atacada senão via ação rescisória.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.085/4 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Na esteira do entendimento esposado pelo STJ, a insuficiência do preparo, com pagamento apenas das custas, sem a taxa de remessa e retorno dos autos da apelação, não é causa para o decreto de deserção, pois representa importância insignificante e não se iguala à falta de preparo, situação prevista na lei como causa para que se julgue deserto o recurso. Apesar de constar textualmente ter ocorrido "composição amigável" quanto ao reconhecimento voluntário da paternidade em audiência, a decisão proferida manifestou-se quanto ao mérito, não podendo ser atacada senão via ação rescisória.

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, 15 de abril de 1999. - *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 G.C.A., contra r. sentença que, nos autos da ação da anulação de reconhecimento de paternidade cumulado com cancelamento de registro civil proposta em face de T.M.A., representada por sua mãe, indeferiu a inicial, considerando imprópria a via escolhida.

Concluiu o MM. Juiz *a quo* não ser a r. decisão que se pretende anular meramente homologatória, uma vez que houve o reconhecimento do pedido investigatório pelo réu.

Inconformado, alega ter ocorrido transação entre as partes, considerando que o interesse da menor deve prevalecer sobre a rigidez processual.

Preliminarmente, conforme se retira do ofício expedido pela Tesouraria deste egrégio Tribunal de Justiça, o preparo foi realizado a menor. Todavia, entendo não ser a diferença apurada entre o valor pago e a conta realizada por essa Tesouraria empecilho ao conhecimento do recurso.

Nesse sentido, o STJ, em recente julgado, se posicionou, *verbis*:

"Preparo. Apelação. Insuficiência. - A insuficiência do preparo, com pagamento apenas das custas, sem a taxa de remessa e retorno dos autos da apelação, não é causa para o decreto de deserção, pois representa importância insignificante e não se iguala à falta de preparo, situação esta prevista na lei como causa para que se julgue deserto o recurso. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas improvido". (REsp nº 169.536-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, STJ - *DJU*, 26/10/98.)

Razão pela qual conheço do

recurso, deixando que a diferença encontrada seja recolhida ao final.

No mérito, *data venia*, sem razão o recorrente.

Como se retira dos autos, em que pese a ter a r. sentença proferida feito constar em seus termos tratar-se de um acordo nos autos da ação de investigação de paternidade, onde, em audiência, houve o reconhecimento por parte do ora apelante acerca da filiação que lhe era imputada, o que ocorre na realidade é que houve julgamento do mérito da ação, com a procedência do pedido.

Tratando-se de direito indisponível, não há que se falar em transação ocorrida entre as partes, nem da sua homologação pura e simples, mas reconhecimento do pedido com julgamento do mérito, razão pela qual só podem ser rescindidas através da ação própria, que no caso é a rescisória.

Neste sentido:

"Se a sentença que homologou a transação decidiu o mérito da controvérsia, comporta ação rescisória; do contrário, é rescindível nos termos do art. 486 do CPC" (*RF*, 306/213).

E ainda:

"Investigação de paternidade. Composição amigável entre as partes. Nulidade pretendida. Hipótese em que não se trata de transação e sim de reconhecimento do pedido pelo réu. Manifestação que pode ser externada nos autos pela própria parte, ou em documento extrajudicial. Recurso não provido" (TJSP - AC nº 70.222/1, Quinta Câmara, Rel. Des. Jorge Tannus) (*CJ*, 24/132).

Ora, como se conclui do caso vertente, o que se pretende é anular sentença que, mesmo proferida com toda a impropriedade, definiu o mérito em ação de investigação de paternidade, quando acolheu o reconhecimento feito pelo apelante, razão pela qual não há como se admitir pretender a anulação nos termos do art. 486 do CPC.

*In casu*, é importante ressaltar que muitas vezes a paternidade jurídica não corresponde à paternidade biológica, todavia o reconhecimento de tal dissociação, ocorrida por diversos fatores que não vem ao caso serem discutidos, não impede a manutenção de vínculos afetivos já solidificados.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* - Tendo o réu reconhecido a paternidade, o processo extinguiu-se com julgamento de mérito (art. 269 do CPC), razão por que somente pode ser rescindido através de ação rescisória, e não anulatória.

Acompanho o eminente Relator, inclusive na preliminar.

Participou do julgamento o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-





## PENSÃO - IPSEMG - NETO - RECONHECIMENTO DA DEPENDÊNCIA JUDICIALMENTE - INEXISTÊNCIA - DEPENDÊNCIA PERANTE A RECEITA FEDERAL - IRRELEVÂNCIA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 70 DA LEI ESTADUAL Nº 9.380/86 - ART. 8º, § 2º, DO DECRETO ESTADUAL Nº 26.562/87 - INTELIGÊNCIA

**- O só fato de o neto ser reconhecido como dependente do avô perante a Receita Federal não lhe garante o direito de ser pensionado pelo IPSEMG, se não há prova do reconhecimento da dependência judicialmente, anterior ao pedido da pensão. Ademais, a legislação específica (Lei Estadual nº 9.380/86, art. 70, e Decreto Estadual nº 26.562/87, art. 8º, § 2º) não contempla esse nível de parentesco como suficiente para a concessão do benefício, descabendo ao intérprete distinguir onde o legislador não distingue.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.030/9 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Pensão - Requisitos da inscrição e prova da dependência econômica - IPSEMG - Legislação específica - Filho dependente - Neto não inscrito e não reconhecido judicialmente na guarda da avó.

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, 25 de março de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo apelado, as Dras. Elizabeth Myriam Teixeira Carneiro e Cristiane Belloni Rocha.

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - Julgada improcedente a ação declaratória de dependência, cumulada com indenização por perdas e danos, e assim extinto o processo nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, sem ônus de sucumbência, diante da gratuidade da justiça concedida ao postulante, apela V.L.P., menor representado por sua mãe, Cláudia Maria Linke, que sustenta a sua qualidade de dependente da avó, Maria Auxiliadora Toledo Linke, conforme artigos 7º e 8º da Lei nº 9.380/86 e Decreto nº 26.562/87, além da designação escrita de fls. 16 e 17 dos autos. Adita, ainda, que nos citados preceitos se encontram os direitos previdenciários do neto, declarado dependente da avó.

O IPSEMG (Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais), apelado, responde com

base nos mesmos textos legais debatidos, aduzindo que a exegese da dependência, expressa e induvidosa na lei, não permite ampliação ou restrição, constituindo-se em direitos previstos *numerus clausus*. É pela improcedência do recurso.

A Promotoria de Justiça filia-se à tese da sentença, de exclusão do neto pelo filho inscrito como dependente, enquanto a Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento.

É o relatório, em breviário, conhecendo-se do recurso porque habilmente interposto. Sentença publicada em uma sexta-feira.

Realmente, o fato de o neto ser reconhecido como dependente da avó perante a Receita Federal em nada influencia o seu direito de ser pensionado pelo apelado. Não há reconhecimento da dependência, judicialmente, anterior a este pedido; demais disso, a legislação não contempla esse nível de parentesco como suficiente para a concessão de pensão. A legislação - Lei Estadual nº 9.380/86, art. 70, e o Decreto nº 26.562/87 (Estatuto do IPSEMG), art. 8º - é bastante clara. Na verdade, não deixa margem para nenhum equívoco, para nenhuma ampliação, para nenhuma dúvida do tipo que se está suscitando agora. O apelante não pode ser incluído em nenhuma das hipóteses do § 2º do referido art. 8º.

É velha a regra que diz: "*onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo*". Este o caso dos autos, nos quais, se vingar a tese do apelante, ter-se-á que pensionar *ad aeternum* toda a linhagem do ex-funcionário público, e seguramente não é esse o escopo da lei, que, aliás, se repita, elenca um a um os casos de pensionamento aos familiares de ex-membro do Estado.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, ante a gratuidade de justiça concedida.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aluízio Quintão e Herondes de Andrade.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FATOS RELEVANTES DA CAUSA - MINISTÉRIO PÚBLICO - COMPROVAÇÃO - DANO PATRIMONIAL AOS COFRES PÚBLICOS - PROVEITO INDEVIDO OU ILÍCITO AUFERIDO PELO RÉU - PROVA INEQUÍVOCA - INEXISTÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA**

**- É de se dar provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente ação civil pública quando dos autos não se colhe prova segura e certa da ocorrência dos fatos relevantes da causa narrados na inicial, a cargo de comprovação pelo órgão ministerial, mormente quando, em decorrência deles, inexiste prova inequívoca de dano patrimonial efetivo aos cofres públicos, nem tampouco que os réus tenham auferido indevido ou ilícito proveito de sua ação tal como fora descrita.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.239/6 - Comarca de Estrela do Sul - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial:

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 AOS PRIMEIRO E TERCEIRO APELOS, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO ÓRGÃO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela primeira apelante, o Dr. Abel Machado de Miranda.

*O Sr. Des. Murilo Pereira* - Sr. Presidente. Estive atento à sustentação oral desenvolvida da tribuna pelo ilustre advogado da primeira apelante, que fez uma descrição dos fatos relevantes da causa, analisou os fundamentos jurídicos constantes dos autos e disse da fundamentação, que tem como incompleta, feita nas razões sentenciais, para concluir pedindo a improcedência da inicial.

Meu voto, acredito, responde às questões colocadas da tribuna e tem o seguinte teor:

Conheço dos recursos, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação civil pública que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu representante junto ao MM. Juízo da Comarca de Estrela do Sul, move contra Roberto Ricardo de Souza e Monte Carmelo Automóveis Ltda., sendo julgado parcialmente procedente o pedido, nos termos do dispositivo sentencial.

Com relação à empresa-ré, Monte Carmelo Automóveis, primeira apelante, entendeu o ilustre Magistrado que "não restou provado haver enriquecimento ilícito de sua parte ou o dano ao patrimônio público", mas, ainda assim, apenou-a com a proibição de contratar com o Poder Público pelo período de 3 (três) anos (cf. fls. 262 e 263).

Na inicial da ação, seu ilustre proponente requereu a procedência do pedido contra os réus Roberto Ricardo de Souza e Monte Carmelo Automóveis Ltda., nas seguintes cominações:

a) perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio da empresa-ré, Monte Carmelo Automóveis Ltda., decorrentes dos atos narrados na peça de ingresso; b) ressarcimento integral de qualquer dano, que poderá ser apurado no transcorrer do feito; c) perda da função pública que ocupa o réu Roberto Ricardo de Souza, condenando-se o mesmo a devolver aos cofres públicos os valores percebidos como remuneração a partir da citação válida e regular, com os juros e correção monetária; d) suspensão dos direitos políticos do réu Roberto Ricardo de Souza e do diretor da empresa-ré, Monte Carmelo Automóveis Ltda., pelo período de cinco a oito anos; e) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo réu Roberto Ricardo de Souza; e, finalmente, f) proibição de ambos os réus de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos (cf. fls. 07).

Em síntese, a primeira apelante - Monte Carmelo Automóveis Ltda. - afirma que "não praticou nenhuma conduta típica prevista na Lei nº 8.429/92", e daí, "face à ausência de indícios quanto à prática de ato de improbidade, a r. sentença merece ser cassada..." (fls. 280).

Afirma o autor, na inicial, que o primeiro réu, Roberto Ricardo de Souza, na qualidade de Prefeito do Município de Grupiara, adquiriu junto à Autolatina do Brasil S/A, Divisão Volkswagen, "diretamente, sem intermediários, um veículo Gol CLI, com as características que menciona (fls. 02), inclusive preço, sendo o pagamento efetuado à vista, e emitida nota fiscal em 22/4/1995 (fls. 3).

Mas, alegando "demora na entrega do veículo, o réu 'dispensou a compra' do mesmo, através de uma missiva sem data e sem comprovante de recebimento, como deveria ser em tal situação, haja vista estar em jogo o patrimônio público".

E o réu Roberto Ricardo de Souza, desta feita auxiliado pela empresa-ré, Monte Carmelo Automóveis Ltda., que achou "a melhor solução fiscal" para o caso, alienou à referida empresa o veículo anteriormente adquirido, com pagamento a prazo, aos 30/5/95, mais de trinta dias após a compra e pagamento do veículo junto à Autolatina do Brasil S/A.

No dia 1º/6/95, dito veículo foi vendido ao Sr. José Carlos Stein Mundim, tendo sido à vista o pagamento.

Ocorreu que, instado pelo Ministério Público local a prestar esclarecimentos e apresentar defesa, o réu Roberto Ricardo de Souza, "dizendo não ter sido efetuada a compra do veículo citado pelo Município de Grupiara deixou de apresentar os processos licitatórios" devidos.

Com sua defesa, "juntou uma declaração emitida pela empresa Monte Carmelo Automóveis Ltda., na qual a referida firma diz que, diante da demora na entrega do veículo Gol CLI, a Prefeitura resolveu adquirir um veículo Logus, de pronta entrega, existente em seu estoque", veículo este que é de valor superior ao anteriormente adquirido, "motivo pelo qual a transação efetivada pelas partes foi de enorme vantagem patrimonial para a empresa-ré, que somente lucrou com os negócios feitos" (fls. 03).

Todavia - aduz a seguir o autor da ação -, "a afirmativa de que o veículo Gol CLI sequer foi adquirido pela Prefeitura Municipal de Grupiara está em total desconformidade com os documentos anexados à inicial", "uma vez que a nota fiscal foi emitida, foi feito o registro do veículo junto ao DETRAN em nome da Prefeitura Municipal de Grupiara, não havendo, pois, como se negar tal fato" (fls. 3).

Depois de outras considerações pertinentes, diz a inicial, que "o Município de Grupiara efetuou o pagamento dos veículos adquiridos, não tendo sido feita prova pelo réu Roberto Ricardo de Souza de que o numerário correspondente à venda do veículo Gol CLI entrou nos cofres públicos" (*verbis*, cf. fls. 04).

Disse mais o ilustre proponente da ação, que "não se pode negar que o agente frustrou a licitude de processo licitatório e dispensou-o indevidamente, ordenou e permitiu a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento, além de ter praticado ato visando fim proibido em lei e diverso daquele previsto, na regra de competência" (fls. 6), daí resultando prejuízo ao patrimônio público, que há de ser ressarcido integralmente... (fls. 7).

Do autor o ônus de fazer prova dos fatos constitutivos do direito reclamado na inicial (CPC, art. 333, I).

Os elementos informativos dos autos não permitem a conclusão, salvo em conjecturas ou suposições que não encontram suporte naqueles elementos, de que a empresa - primeira apelante, Monte Carmelo Automóveis Ltda. - tenha praticado conduta típica que resultasse para ela na perda de bens ou valores, supostamente acrescidos ao seu patrimônio, decorrentes dos atos descritos na inicial, bem assim ao ressarcimento integral de qualquer dano ao erário público municipal.

Pelo que se depreende do conjunto probatório dos autos, especialmente da declaração de fls. 23, não desmerecida em sua credibilidade, a Prefeitura de Grupiara fez à Volkswagen do Brasil S/A o pedido de um veículo Gol CLI, mas devido à demora do fabricante em efetuar o faturamento direto à Prefeitura, e em razão de sua necessidade, dita Prefeitura resolve adquirir um Logus de pronta entrega existente nos estoques da Monte Carmelo Automóveis Ltda.

Diante dessa aquisição, "a Prefeitura faz uma correspondência, cancelando o pedido inicial do Gol CLI"

citado, mas "quando a comunicação desse cancelamento foi feita, o fabricante havia faturado o veículo e debitado a NF nº 820895, de 22/4/95, na conta corrente da Monte Carmelo Automóveis Ltda".

Assim, "a solução foi a Monte Carmelo Automóveis Ltda. emitir uma NF da entrada no mesmo valor da NF emitida pelo fabricante", e, "de posse então desse veículo, o mesmo foi vendido ao Sr. José Carlos Stein Mundim", pagamento à vista (fls. 23).

O documento de fls. 22, subscrito pelo réu Roberto Ricardo de Souza, Prefeito Municipal, documento este que também não foi desmerecido em sua credibilidade, noticia a dispensa por ele feita da compra do referido Gol, por ter ele "adquirido outro veículo, modelo Logus, do estoque da Concessionária Monte Carmelo Automóveis Ltda." (fls. 22).

De seu turno, e ante a desistência da encomenda, a empresa revendedora teve como *a melhor solução fiscal* para aquele impasse, registrar o veículo Gol CLI junto ao DETRAN/MG, em nome do *Município de Grupiara-MG*, já que a nota fiscal consignava ser ele o comprador, vindo imediatamente, por ela mesma, a aliená-lo a terceiro (fls. 290).

Os documentos constantes dos autos, a fls. e fls., não descaracterizam e nem infirmam tais assertivas, que evidenciam a inocorrência de prejuízo ou dano ao patrimônio ou erário público municipal.

O depoimento que se vê à fl. 142, que encontra clara ressonância nos demais elementos informativos dos autos, esclarece que nenhum pagamento foi feito pelos cofres da Municipalidade de Grupiara, referente ao negócio do Gol CLI, *verbis*:

"que não entrou nenhum dinheiro da Prefeitura para a Volks nessa transação"; e que "essa operação envolveu apenas papel, sem nenhum dinheiro efetivo" (fls. 142).

Quanto à efetivação do processo de licitação noticiado nos autos, observa-se que o Sr. Carlos Humberto de Limeira, ouvido à fl. 141, que trabalha na Prefeitura de Grupiara, esclarece que faz ele "parte da comissão de licitação da Prefeitura e sabe que tal procedimento foi realizado para comprar o Logus", pelo critério do menor preço.

À fl. 101, vê-se uma ata da reunião da Comissão Permanente de Licitação, da qual participou a precitada testemunha, Carlos Humberto de Oliveira, ouvido à fl. 141, onde consta que o processo licitatório consagrou a empresa Monte Carmelo Automóveis Ltda. como vencedora do processo, "pelo menor preço global".

Os demais documentos que se seguem às fls. 102 a 105 concorrem para inviabilizar uma pretensa, mas indemonstrada, responsabilidade, seja por parte da referida empresa, ora primeira apelante, ou do Sr. Roberto Ricardo de Souza, inexistindo nos autos prova de certeza, acima de qualquer dúvida





razoável, de que, com seus procedimentos descritos na inicial, tenham incidido na censura da legislação invocada, especialmente da Lei nº 8.429/92.

Não fez o autor prova inequívoca da ocorrência de dano patrimonial aos cofres públicos do Município de Grupiara, em função dos fatos descritos na inicial, nem tampouco de que os réus tenham auferido indevido ou ilícito proveito decorrente de sua ação, como descrito na peça de ingresso.

A prova dos autos direciona-se no sentido de que a empresa-ré não alienara o Gol ao Prefeito, mas apenas fizera "a regularização da entrada e saída da NF, face à dispensa..." (fls. 282), bem assim que, ao vender o Logus, dita empresa tão-somente praticou um ato de comércio, ínsito às suas regulares atividades, e, mesmo que, *ad argumentandum*, não tivesse havido licitação, tal omissão não pode a ela ser atribuída, como óbvio.

Indemonstrados, pois, os fatos relevantes da causa, a cargo de comprovação pelo autor da ação, inviabiliza-se, na integralidade, a pretensão colocada na inicial, nos seus vários itens, eis que, em casos da incerteza de prova em juízo condenatório, o *non liquet* se impõe, como solução de direito e de justiça.

Por tais motivos, dá-se provimento aos recursos da primeira e do terceiro apelantes, prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público, para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido na inicial.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Sr. Presidente. Em lugar primeiro, estou em asseverar meu respeito pelo trabalho oral composto pelo douto advogado, Dr. Abel Machado, que assomou à tribuna. Tive ao tempo de tal a identificação do mesmo ardor do agora advogado com a de antanho do Juiz e Desembargador, em feitos em que chamado era a decidir o ilustre profissional do Direito.

Quanto às irresignações recursais, acompanho *in totum* o respeitável voto do eminente Des. Relator.

Participou do julgamento o Desembargador Schalcher Ventura.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AOS PRIMEIRO E TERCEIRO APELOS. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO ÓRGÃO MINISTERIAL.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - SITUAÇÕES FUTURAS DA MESMA NATUREZA - ABRANGÊNCIA - RESGUARDO - CARÁTER GENÉRICO À CONCESSÃO DA ORDEM - INADMISSIBILIDADE - PROJETO DE LEI DO EXECUTIVO - REGIMENTO INTERNO DA CASA LEGISLATIVA - INOBSERVÂNCIA - PODER LEGISLATIVO - RECUSA - ARBITRARIEDADE - INEXISTÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NÃO-MATERIALIZAÇÃO - PODERES CONSTITUÍDOS - QUESTÕES *INTERNA CORPORIS* - SEGURANÇA DENEGADA**

**- Afasta-se do instituto do *mandamus* a pretensão que visa dar caráter genérico à concessão da ordem, de tal forma a abranger e resguardar situações futuras da mesma natureza daquela que ensejara o manejamento da segurança.**

**- Não há que se falar em receio de lesão a direito líquido e certo do Sr. Prefeito Municipal, nos termos da Lei Específica nº 1.533/51, se sequer fora materializado, e se justo, legítimo e infenso a qualquer arbitrariedade se evidencia o ato do Sr. Presidente da Casa Legislativa, que se recusa a receber projeto de lei que inobserva normas do Regimento da Câmara Municipal, visto que desatendida pelo impetrante exigência legal que lhe é imposta cumprir.**

**- Questões *interna corporis* dos Poderes constituídos não são alcançadas pelo *mandamus*, mormente se demonstrado, à saciedade, que em momento algum e sob nenhuma forma arranhado o princípio da legalidade.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.618/1 - Comarca de Ferros - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Recusa pelo Poder Legislativo de projeto de lei do Executivo com fundamento em inobservância do Regimento Interno da Câmara Municipal - Não-configuração de arbitrariedade - Segurança efetiva e normativa denegadas - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Conheço da apelação.

Conforme relatado, o Senhor Prefeito Municipal de Ferros impetrou mandado de segurança preventivo em face do Senhor Presidente da Câmara Municipal, vindo, na oportunidade, ao enfrentamento de liminar recusa do impetrado a receber projeto de lei do Executivo, o que culminou na edição da Portaria nº 001/98, versante acerca da rejeição de projetos, sem o prévio atendimento às disposições regimentais da Casa Legislativa. Ainda ao que se relatou, foi o impetrante julgado carecedor de ação quanto ao pedido de generalização da medida pretendida, para o acatamento de futuros projetos do Executivo a serem enviados ao Legislativo, tendo sido, ainda, denegada a segurança, quanto ao projeto específico, recusado pelo Presidente da Câmara Municipal.

Desalbergado de razão tenho o apelante, quanto ao manejo do *writ*, cujas razões, anodinamente, tomaram por ser reempreendidas no apelo composto.

Tenho, por primeiro, que afastada do próprio instituto do *mandamus* a genérica pretensão da autoridade impetrante quanto à generalização da segurança, no que concerne à concessão da ordem, em caráter genérico, para que se abstivesse a Casa Legislativa do não-recebimento de eventuais e futuros projetos, partidos do Executivo.

Noutro giro, naquilo que concerne à situação específica, apontada como desafiadora da segurança rogada, bem de se ver que o receio de lesão a direito líquido e certo do Sr. Prefeito Municipal, nos termos da Lei nº 1.533/51, não se houve por materializado, eis que justa e legítima fora a recusa do recebimento do projeto do Executivo pelo Sr. Presidente da Casa Legislativa da Municipalidade de Ferros.

Ora, clarificada se revela, a teor do art. 140, incisos I e II, do Regimento Interno do Poder Legislativo Municipal, a noção de que o ato de recusa se consubstanciara, infensamente a qualquer arbitrariedade, visto que desatendido pelo impetrante referido dispositivo, onde prenunciado, expressamente, o mister de que fizesse o proponente, por extenso, de cláusula ou convênio quando a ela fizer menção.

Pelos documentos trazidos à colação, verifica-se que o encaminhamento de projeto, pelo Senhor Prefeito Municipal de Ferros, desatendera, em contundência, à norma regimental em voga, fazendo, tão-somente, mera referência a convênio existente entre a Caixa Econômica Federal e a Municipalidade, para a construção de casas populares, o que, certamente, constituiria empecilho ao recebimento do projeto de lei autorizativo da doação de imóvel de propriedade do Município para a construção de imóveis, através de recursos da Caixa Econômica Federal.

De oportuno, registro que a extemporânea colação da documentação de fls. 194/203-TJ dá conta de mera proposta, sem maiores especificidades, de modo a não configurar um convênio, conforme propriamente percebido pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Paulo César Machado, em fls. 225, do judicioso parecer lavrado.

Por finalizar, tenho comigo que as questões *interna corporis* dos Pode-

res constituídos, não têm como ser alcançadas pela via do *mandamus*, mormente como no presente caso, onde demonstrado, à saciedade, que, em momento algum e sob nenhuma forma, arranhado o princípio da legalidade.

A concluir, pela prevalência da bem lançada sentença, estou negando provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Schalcher Ventura e Aloysio Nogueira.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

**USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - IMÓVEL FOREIRO - PATRIMÔNIO PÚBLICO - NUA PROPRIEDADE - INALTERABILIDADE - DOMÍNIO ÚTIL - POSSE MANSA E PACÍFICA - TEMPO PREVISTO EM LEI - *ANIMUS DOMINI* - COMPROVAÇÃO - POSSIBILIDADE**

**- É possível o usucapião relativamente ao domínio útil de imóvel foreiro pertencente ao patrimônio público, desde que aquele domínio já se encontre em poder de terceiro particular, por direito de aforamento, permanecendo inalterada a situação da nua propriedade do Poder Público.**

**- Comprovada a posse mansa e pacífica com o *animus domini*, bem como o tempo previsto em lei, consubstancia-se o usucapião extraordinário.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 132.494/6 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Usucapião extraordinário - Imóvel foreiro - Domínio útil - Comprovado - Pedido procedente - Possibilidade.

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, EM REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - Conheço da espécie, por força do duplo grau de jurisdição.

Trata-se de sentença que acolheu pedido de ação de usucapião extraordinário proposta por Sônia Maria Dutra Nunes e a declarou titular do





domínio útil do imóvel de área correspondente a 360 m², constituído pelo lote nº 11, da quadra 03, do loteamento Caiçaras, em Barbacena, inscrito no 1º Cartório de Registro de Imóveis local sob o nº 18.561, Livro 3-T, p. 297, reservando ao Município a nua propriedade.

Na contestação, o Município defendeu a improcedência do pedido, argumentando que o imóvel seria de sua propriedade, e, portanto, insuscetível de usucapião, nos termos da Súmula nº 340 do STF e do art. 183, § 3º, da Constituição Federal, mas silenciou-se, após a sentença.

Vê-se, nos autos, que a descrição do imóvel na petição inicial não guarda correspondência perfeita com aquela constante de certidão (fls. 06-TJ), tendo, porém, ficado evidente que o terreno na sua totalidade pertence ao Município, circunstância que afastaria a possibilidade de usucapião, com base no art. 183, § 3º, da Constituição Federal.

Mas assim não foi sentenciado, em visão correta da matéria, segundo se tira de prova documental (fls. 06-TJ) e testemunhal (fls. 47/49) e das alegações das partes (fls. 27/29 e 41-TJ).

É que, como consta de certidão da Supervisão de Patrimônio da Prefeitura de Barbacena, referido imóvel esteve inserido em área maior, que fora objeto de aforamento à Imobiliária Mercantil, e, depois de desmembrada, foi passada a Paulo Fernandes Garrido, em cujo nome está o termo de transferência do lote nº 11, no "Livro 34, às fls. 207".

Ora, segundo precedentes jurisprudenciais:

"*O imóvel foreiro do patrimônio público pode ser objeto de usucapião, relativamente ao seu domínio útil, desde que este já se ache em poder de terceiro, particular, por direito de aforamento, permanecendo inalterada a situação da 'nua propriedade' do Poder Público*" ("*Jurisprudência Mineira*", 131/361).

"*Usucapião. Bem de que nu-proprietário o Estado. - Possível o usucapião relativamente ao chamado domínio útil, quando a pessoa jurídica de direito público tem apenas a nua propriedade e a prescrição aquisitiva refere-se ao chamado domínio útil de que é titular um particular*". (STJ-Terceira Turma, REsp nº 10.986-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10/2/92, negaram provimento, v.u., *DJU*, 9/3/92, p. 2.573, 2ª col., em.)

*In casu*, a autora-apelada demonstrou, como lhe cumpria, estar exercendo, há 20 (vinte) anos, a posse do imóvel com ânimo de proprietária e de forma mansa e pacífica, aspectos que não tiveram contestação por parte do Município ou de terceiro interessado.

Ora, "(...) preenchidos os requisitos de posse mansa e pacífica, isto é, sem oposição, bem como o tempo previsto em lei, (...) e ocorrendo comprovadamente o *animus domini*, ter-se-á consubstanciado

o usucapião extraordinário". (Cf. *Usucapião*, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, 2ª ed., p. 48, 1992.)

Em tais termos, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, de lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herondes de Andrade e Hugo Bengtsson.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

**RESSARCIMENTO - ERÁRIO PÚBLICO - AÇÕES - IMPRESCRITIBILIDADE - MUNICÍPIO - CONTAS ORÇAMENTÁRIAS - APROVAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL - ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - EXAME DO MÉRITO - CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE**

**- A teor do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao erário público são imprescritíveis contra os agentes públicos.**

**- Aprovadas as contas orçamentárias do município pela câmara municipal, escapa do controle jurisdicional o exame do mérito do ato ou atividade administrativa.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 132.809/5 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação civil pública - Legitimidade do Ministério Público - Ressarcimento ao erário - Imprescritibilidade. - As ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis contra os agentes públicos. - Aprovadas as contas orçamentárias do município pela câmara municipal, escapa do controle jurisdicional o exame do mérito do ato ou atividade administrativa.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de junho de 1999. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Abreu Leite* - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 548/564-TJ, que julgou procedente ação promovida pelo Ministério Público Estadual contra Lásaro Soares, ex-Prefeito do Município de Pouso Alto, em face das irregularidades verificadas nas contas do referido município e que foram constatadas pelo Tribunal de Contas do Estado. Ao final, o MM. Juiz condenou o recorrente a ressarcir ao erário municipal as quantias ilicitamente destinadas, sem a devida autorização legislativa.

O apelante, nas razões recursais de fls. 572/578-TJ, sustenta, preliminarmente, a prescrição, pois a denúncia foi feita 6 anos e onze meses após o término de seu mandato de Prefeito e 10 anos após os fatos haverem sucedido. No mérito, afirma que não houve desvio de dinheiro público, e sim uma deturpação do texto da lei municipal em favor da argumentação da denúncia. Argumenta a vigência da Lei Municipal nº 559/84, que autoriza a movimentação de créditos suplementares até o limite de 50% da receita.

Contra-razões às fls. 580/587-TJ, pugnando pela manutenção da r. decisão.

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 594/601-TJ, opina pelo desprovimento recursal.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade.

*1. Da preliminar: prescrição:*

As ações de ressarcimento ao erário público são imprescritíveis contra os agentes públicos, como no caso, em que o réu é ex-Prefeito municipal. É o que preceitua o art. 37, § 5º, da Constituição Federal:

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

O constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA comenta a ressalva deste parágrafo quando escreve sobre o "*princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos*":

"...*Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte* (dormientibus non sucurrit ius). *Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., Malheiros Editores, p. 619.)

Assim, fica afastada a hipótese de prescrição levantada pelo apelante.

*Rejeito a preliminar.*

*2. Do mérito:*

O art. 31 da Constituição Fede-

ral atribui à câmara municipal a fiscalização do município mediante o controle externo das contas com o auxílio do Tribunal de Contas, que deverá emitir parecer prévio que poderá ser rejeitado pelo voto de dois terços dos membros da câmara.

As contas do Chefe do Executivo municipal são prestadas ao Tribunal de Contas do Estado, a quem ele remete toda a documentação. Antes de serem ali "julgadas", isto é, antes de receberem o parecer a ser submetido à câmara municipal.

É perante o Tribunal de Contas que o prefeito pode exercer o seu direito de defesa. E tal lhe é assegurado, pois, sempre que uma irregularidade é apontada, terá oportunidade de pronunciar-se e de apresentar documentos novos.

De início, é de se destacar que o ato de exame das contas do exercício do titular do Executivo municipal diz respeito ao controle externo por ela exercido em relação a este, decorrendo, aliás, de preceito constitucional, como deflui de lição de PINTO FERREIRA:

"*O controle da execução orçamentária do município compreende a legalidade dos atos que resultam da arrecadação da receita e realização da despesa, a fidelidade funcional dos agentes responsáveis pelos bens e valores públicos e o cumprimento de programas de trabalho e projetos*".

E acrescenta: "*O controle externo é exercido pela Câmara de Vereadores, objetivando o cumprimento da lei orçamentária, a guarda legal dos dinheiros públicos e a probidade de administração*". (*In "Jurisprudência Mineira"*, v. 132/133, p. 169.)

No caso dos autos, é acusado de ter aplicado mal verbas municipais orçamentárias. Todavia, a Câmara Municipal rejeitou o parecer do Tribunal de Contas do Estado e aprovou as contas do referido exercício financeiro.

O Judiciário poderá decidir sobre a legalidade do ato administrativo ou, na lição sempre oportuna de Diógenes Gasparini, lembrado no douto parecer da Procuradora de Justiça Aída Lisboa Marinho à fl.547, na Apelação Cível nº 91.377/2, da Comarca de Ibirité, e de que fui Relator:

"*Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa*".

Considerando-se desta forma que a própria Câmara Municipal , no exercício de suas prerrogativas constitucionais, houve por bem aprovar as referidas contas, não há mesmo nenhum fundamento jurídico para a pretensão do órgão ministerial quanto ao pedido, pelo que dou provimento à apelação para julgar improcedente o pedido.





*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - De acordo.

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

**MENOR - GUARDA PELA MÃE - CRIANÇA INTEGRADA AO LAR PATERNO - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - MUDANÇA - INADMISSIBILIDADE - SITUAÇÃO REGULAR - PRAZO RECURSAL - ART. 198, II, DO ECA - INAPLICABILIDADE - JUIZ - FALECIMENTO - FASE INSTRUTÓRIA DO FEITO - JUÍZO SUCESSOR - CONDUÇÃO DO PROCESSO - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - SENTENÇA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA**

**- Falecido o juiz que presidiu a instrução do feito, não há que se invocar o princípio da identidade física do juiz, como preliminar de nulidade da sentença recorrida, visto que, substituído aquele, cabe ao Juízo sucessor optar entre reprisar as provas já produzidas ou não (art. 132, parágrafo único, do CPC), ao seu exclusivo alvedrio.**

**- É inaplicável a regra do art. 198, II, do ECA, quanto ao prazo recursal, em se tratando de pedido de guarda de menor em situação regular, visto que na hipótese a matéria é regida pelas normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.**

**- Denega-se pedido de alteração de guarda de filha menor feito pela mãe, se se encontra a criança bem adaptada há vários anos ao lar paterno, e não se demonstrou qualquer razão relevante que levasse à necessidade de sua modificação.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.723/7 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Pedido de guarda de filha menor pela mãe - Criança integrada ao lar paterno há vários anos - Prevalência do interesse da menor. - Denega-se pedido de alteração de guarda de filha menor feito pela mãe, se se encontra a criança bem adaptada, há vários anos, ao lar paterno, e não se demonstrou qualquer razão relevante que levasse à necessidade de sua modificação.

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 AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Aloysio Nogueira* - Conheço do recurso.

Pedido de guarda de filha menor ajuizado por S.S.L. contra J.P.M., sob o fundamento de que fora obrigada a retornar à casa de seus pais, deixando a filha S., de dois anos, por imposição do requerido, seu ex-companheiro, em sua companhia. Citado, pediu o requerido a destituição do pátrio poder da mãe e a guarda da filha, em autos apartados, via ação ordinária, recebida como reconvenção.

A r. sentença, de fls. 35/40, julgou procedente o pedido da inicial e deferiu à autora a guarda da filha, julgando improcedente o pedido reconvencional.

Apelou o vencido buscando, em preliminar, a nulidade da sentença, por desrespeito ao princípio da identidade física do juiz.

No mérito, alega, em síntese, que a recorrida ficou desmoralizada após o flagrante de infidelidade com o irmão do recorrente, razão pela qual retornou ela à casa dos pais pacificamente, bem como espontaneamente deixou a filha em sua companhia. Acrescenta que a apelada, além de promíscua e de não trabalhar, reside com os pais. Ele, ao contrário, aufere bons rendimentos e tem condições de bem educar a filha, que com ele vive junto com os avós.

O Ministério Público suscitou preliminar de não-conhecimento do recurso, por ser o mesmo intempestivo, uma vez não observada a norma do ECA, art. 198, II.

Todavia, não se aplica ao caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que a menor cuja guarda foi reivindicada pela mãe se encontra em situação regular, sendo regida a matéria pelas normas do Código Civil e Código de Processo Civil.

Destarte, publicada a sentença em 14/10/97 (terça-feira), venceu o prazo recursal em 29/10/97 (quarta-feira). Protocolizada a apelação em 29/10/97, dentro do prazo legal do CPC, art. 508 (certidão de fl. 41 e protocolo de fl. 42), o recurso é tempestivo.

Rejeito a preliminar.

*Nulidade da sentença.*

À evidência, não socorre ao apelante a invocação do princípio da identidade física do juiz, como preliminar de nulidade da sentença recorrida. A uma, é intuitivo que a Dra. Valéria Alves, que presidiu a instrução do





feito, não poderia exarar a decisão, eis que já falecida à época em que proferida. Ademais, sabe-se que, substituída aquela última, cabe ao Juízo sucessor optar entre reprisar as provas já produzidas ou não (CPC, art. 132, parágrafo único), ao seu exclusivo alvedrio, não merecendo reparo, a meu ver, o entendimento de que a ação já se encontrava madura para decisão.

Rejeito a preliminar.

*Mérito.*

Independentemente do questionamento acerca de se ter dado a separação dos companheiros por culpa de um ou outro dos companheiros, não existe prova do alegado 'mau comportamento' da mãe, como dimensionado pelo recorrente, capaz de a destituir do pátrio poder.

Entretanto, quanto à questão da guarda da filha, deve ser considerado, com prioridade, o que mais beneficia a criança, deixando para plano secundário os interesses do pai ou da mãe.

Em que pese ao empenho da mãe e à orientação predominante de que, sempre que possível, deve o menor permanecer em companhia da mãe, as particularidades do caso estão desaconselhando a retirada da menor do lar paterno.

Impende salientar que, à época do rompimento do relacionamento dos pais da menor, ocorrido no final de 1994, permaneceu ela em companhia do pai, ora recorrente, na Cidade de Osasco, SP, retornando a mãe à casa de seus genitores em Ipatinga, MG. A menor estava com dois anos de idade.

A r. sentença que deferiu à mãe a guarda da filha somente foi proferida em setembro de 1997. Apelou o pai, sendo recebida a apelação em ambos os efeitos, resultando na permanência da menor em companhia do pai, onde já se encontrava desde então, até hoje. A salvaguarda e prevalência do interesse da criança autorizam que seja ela mantida onde esteja bem, não se aconselhando alterações radicais, mormente se não alegada a existência de qualquer risco para sua formação moral ou física.

Consoante ressaltou o douto Procurador de Justiça, Dr. Alberto Vilas Boas, em seu judicioso parecer, que adoto, é mister que se dêem à menor as condições necessárias ao desenvolvimento sadio de sua personalidade, a fim de que possa alcançar os objetivos que são próprios à faixa etária em que se encontra.

Dele destaco: "... A menor já se encontra com mais de 6 anos de idade e bem ambientada na casa em que reside e na escola onde estuda, e, por certo, não há nenhuma prática de comportamento reprovável pelo réu que pudesse comprometer a sua formação moral e psíquica.

Ao contrário, a retirada da menor de Osasco e a sua integração na família da autora em Minas Gerais pode

contribuir para desestabilizá-la emocionalmente, com reflexos negativos no âmbito escolar.

Portanto, não basta satisfazer o interesse da mãe; antes, é necessário perquirir a utilidade que o provimento jurisdicional trará para aquele que sofrerá as conseqüências diretas de sua implementação, e, na espécie em julgamento, não é satisfatório para a menor alterar o regime de guarda faticamente implementado.

Correto é o entendimento desenvolvido pelo apelante, porquanto não se pode sobrepor a vontade de um dos pais aos interesses, conveniências e bem-estar da menor, que, no caso em concreto, goza de uma infra-estrutura material e moral suficiente a permitir uma boa formação psíquica e intelectiva" (fl. 72).

Em suma, achando-se a menor perfeitamente integrada ao ambiente paterno, não logrou a mãe demonstrar a existência de qualquer circunstância grave o suficiente para levar à alteração da guarda da filha, que, em conseqüência, não se justifica.

Nesse sentido: "Menor - Guarda - Mudança - Inadmissibilidade - Troca de meio ambiente - Prática que deve ser evitada - Recurso extraordinário não conhecido. - O menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca do meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo à criança" (STF, *RT*, 586/234).

"Estando a filha menor perfeitamente adaptada ao lar paterno, ali recebendo toda a atenção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, mostra-se inconveniente a alteração de sua guarda pretendida pela mãe" (TJSP, *RT*, 587/105).

Pelo exposto, provejo o recurso para deferir a guarda da filha ao pai.

Sem custas, por estar a recorrida sob o pálio da Justiça Gratuita.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Antonino Baía Borges e Monteiro de Barros.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

## EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE - LEI OU VONTADE DAS PARTES - BENEFICIÁRIOS DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - VENDA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ADQUIRENTE

**- Versando a espécie sobre obrigação tributária, são solidários os que se beneficiam do fato gerador da obrigação principal, salvo disposição expressa em contrário.**





**- A legislação fiscal não destoa da civil, e segundo esta a solidariedade somente decorre da lei ou da vontade das partes.**

**- Tratando-se de venda de estabelecimento comercial, a responsabilidade do adquirente em relação a débitos fiscais é subsidiária, e não solidária.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.752/6 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Execução fiscal - IPTU - Embargos - Imóvel transferido a terceiro antes do lançamento - Empresas do mesmo grupo econômico.

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, 11 de março de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Francisco José da Silva Porto Filho.

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - Argumentando que as empresas General Motors do Brasil Limitada e General Motors Terex do Brasil Limitada são do mesmo grupo econômico, tendo aquela como centralizadora da *holding* e, assim, aplicando-se o princípio da solidariedade de obrigações diante do interesse comum, a Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte enfrenta a sentença de fls. 83/85-TJ, que julgou procedentes os embargos à execução, considerando que a embargante transferiu o imóvel, relativo ao IPTU de 1989, antes de 1975/1981, a pessoa jurídica distinta e que, ainda que integrante do mesmo grupo econômico, não era constituído pelos mesmos sócios, nem pode ser confundida com outra personalidade jurídica.

Em resposta, a General Motors do Brasil Limitada diz que transferiu à "Terex-General Motors Terex do Brasil Ltda.", em 1981, a propriedade do imóvel objeto do IPTU cobrado, de 1989, exercício em que já tinha uma quota de capital naquela, nada gerindo ali, bem como que parte do imóvel já foi desapropriada, com percepção da indenização, regularmente, pela nova empresa dona do prédio, pelo que a recorrida não pode mesmo responder pelo tributo lançado, insubsistente a execução, além de haver ilegitimidade no pólo passivo da ação, sendo correta a sentença, merecendo improvimento o recurso.

Fica o Promotor de Justiça, no

parecer de fls. 61/63-TJ, escusando-se na via recursal de se pronunciar sobre a matéria fiscal, em razão de súmula do Superior Tribunal de Justiça a respeito. Da mesma opinião a douta Procuradoria de Justiça.

Relatado, no essencial, presentes os pressupostos legais de interposição e conhecimento, passo ao exame do recurso oficial, para confirmá-lo, tornando o segundo prejudicado.

Não merece reparo o julgado recorrido.

A solidariedade somente pode decorrer em virtude de lei ou da vontade das partes, segundo determina a legislação civil, que não destoa da fiscal. São solidários os que se beneficiam do fato gerador da obrigação principal, salvo disposição expressa em contrário.

Nossa jurisprudência inclusive entende que na venda de estabelecimento comercial a responsabilidade do adquirente é subsidiária, não solidária em relação a débitos fiscais (*RT*, 458/138).

Isto posto, confirmo a sentença.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aluízio Quintão e Herondes de Andrade.

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

-:::-

**CASAMENTO - ANULATÓRIA - PROPOSITURA PELA MULHER - HOMOSSEXUALIDADE DO MARIDO - CARACTERIZAÇÃO - DESCONHECIMENTO ANTES DO CASAMENTO - ERRO ESSENCIAL - ARTIGO 219, I, CÓDIGO CIVIL - APLICABILIDADE - VIDA EM COMUM - INSUPORTABILIDADE - PROCEDÊNCIA - INICIAL - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA**

**- Não há que se falar em inépcia da inicial e, via de conseqüência, em carência de ação se, malgrado órfã de pedido ao final, seu discurso fora direcionado ao objetivo maior e ao tema central da ação, sem rebuços para tanto, mormente de entendimento, e, ainda, se inexistente a impossibilidade jurídica de se exercitar a pretensão e presente o interesse de agir.**

**- É de se confirmar sentença que julga procedente ação anulatória de casamento aforada pela mulher se a prova oral produzida, alicerçada pela própria e isenta confissão do marido, demonstra, à saciedade, a sua homossexualidade, notadamente quando afastado o conluio dos cônjuges e provado o completo desconhecimento da virago a respeito da conduta sexual do réu anteriormente ao casamento, a configurar o erro essencial de que fala o artigo 219, inciso I, do Código Civil, com a conseqüente insuportabilidade da vida em comum.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 134.019/9 - Comarca de Abaeté - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Anulação de casamento - Erro essencial - Caracterização - Prova suficiente - Insuportabilidade da vida em comum - Inidentificável conluio - Confirmação da 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 A PRELIMINAR ARGÜIDA E CONFIRMAR A SENTENÇA, POR FORÇA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Conheço do processo em reexame necessário.

Inexiste recurso voluntário.

O douto curador do vínculo, nomeado nesta instância revisora, veio de instalar uma preliminar, onde, aos seus termos, buscou fosse reconhecida como inepta a petição inicial.

Assim porque faltante à mesma "pedido de mérito".

De conseqüência, havia por se decretar "a carência de ação da autora", fls. 65.

*Rogata venia*, estou por dizer que razão não se coloca ao lado do ilustre curador.

A peça primeira da ação aforada peca, na realidade, quanto à observância das normas legais condizentes, na inteireza, daí não modelo a seguir, *venia concessa*.

Inobstante órfã de pedido, que havia de se mostrar ao final, seu discurso, em si, direcionado fora ao objetivo maior, ou seja, a declaração de nulidade perseguida, a tanto que as manifestações do réu, do Ministério Público e do curador singelo dirigidas foram ao tema central da ação, sem rebuços para tanto, mormente de entendimento.

Ademais, em não havendo, *in casu* e pelo que dele se pode tirar, impossibilidade jurídica de exercitar a pretensão, menos inexistência de interesse de agir, inocorre a inaptidão da inicial, como, aliás, de alcance jurisprudencial conferível em *RF*, 208/180.

Em face do expendido, rejeito a preliminar enfocada.

Cuida-se de pretensão anulatória de casamento, aforada pela mulher, sob o argumento de que o marido era homossexual, daí caracterizado, com força bastante, o erro essencial referido no sítio do artigo 219, inciso I, do Código Civil.

De pronto, palmilhando o campo meritório, entendo por não conluiados os cônjuges.

Embora sucinta, o réu apresentou quadra de resistência ao pretendido pela autora.

Entretanto, sua admissão, clara e isenta de vícios, quanto à homossexualidade alegada, fls. 33, veio pesar contra si, principalmente porque da análise percuciente do que emergiu da prova oral colhida há por se extrair a convicção de sua censurável preferência e atração por elementos de seu mesmo sexo.

Se não era o réu obrigado a depor sobre o fato que constituiu elemento condutor à configuração de erro substancial, não há por se olvidar de que o mesmo, *in vero*, admitiu a verdade dele, fato.

Não restou por identificado, mesmo sob o domínio da presunção *hominis*, que a autora tinha conhecimento da conduta sexual do réu, antes da realização do casamento.

Não há censura a que se possa concluir que a virago ignorava ser o seu consorte homossexual, anteriormente ao casamento.

É de jurisprudência de encaixe que: "Constitui erro quanto à identidade moral do marido o fato deste ser homossexual, o que veio a ser conhecido da esposa só após o casamento" (*RT*, 506/08).

Todo ser humano tem na vida comunitária um valor próprio, moral e social, destacáveis, na verdade, pelo decoro, dignidade e reputação.

Ora, uma vez desfigurado como acontecido, tal conceito, e em circunstância de induvidosa apuração, como havido, a insuportabilidade da vida em comum é de natural desate.

Frente ao deduzido, confirmo, em total e no reexame, o respeitável trabalho decisório primevo.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - Preocupei-me nestes autos em verificar se a apelada S.L.O. tinha conhecimento, anteriormente ao casamento, do desvio sexual do marido, mas os depoimentos de fls. 45 e 40 tranqüilizam-me quanto ao pedido por ela feito.

Com o Relator.

*O Sr. Des. Aloysio Nogueira* - De fato, omitiu-se a inicial na formulação do pedido, conforme exigido pelo inciso IV, do art. 282, do CPC, o que, em princípio, determinaria sua inépcia, em face da regra do art. 295, parágrafo único, inciso I, do mesmo Código.

De qualquer forma, essa drástica medida somente seria possível após ter sido facultada à autora oportunidade para emendar ou completar a inicial no prazo de 10 dias, segundo expressamente exigido pelo art. 284, providência não determinada.





Assim, e tendo em vista que na impugnação (fl. 21) teve a autora ocasião de redimir-se da omissão, quando ali expressamente requereu que "provados os fatos, decrete a anulação do casamento", estou que o vício restou sanado.

Destarte, rejeito a preliminar sob exame.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR ARGÜIDA E, POR FORÇA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, CONFIRMARAM A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

-:::-

**ABUSO DE PODER - RETARDAMENTO DE ATO OU FATO - CARACTERIZAÇÃO - CORREÇÃO JUDICIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - CABIMENTO - DIREITO DE CONSTRUIR - RECONHECIMENTO - ALVARÁ DE DEMOLIÇÃO - EXPEDIÇÃO PELO JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA - PRONUNCIAMENTO - DETERMINAÇÃO**

**- A inércia da Administração no retardamento de ato ou fato que deva praticar caracteriza abuso de poder a ensejar correção judicial pela via própria, vez que o discricionarismo do Poder Público não pode encobrir capricho e omissão da autoridade administrativa ao deixar de executar determinada prestação de serviço a que esteja obrigada, causando inevitável lesão ao patrimônio jurídico-individual do cidadão.**

**- O abuso de poder é repudiado através de mandado de segurança, via constitucionalmente própria para coibir os abusos daqueles que dispõem de poder.**

**- Embora reconheça o direito de construir, não pode o Judiciário determinar a expedição de alvará para demolição de imóvel, porque incompetente para tanto, mas, outrossim, pode determinar que o ente público se pronuncie a respeito do que lhe foi apresentado e da documentação a ele entregue.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 134.248/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MONTEIRO DE BARROS

Ementa oficial: Omissão administrativa - Alvará de demolição e construção - Impossibilidade de o Poder Público protelar indefinidamente o processo administrativo, afetando o direito de propriedade - Lesão a direito individual - Segurança concedida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a

Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E CONCEDER, PARCIALMENTE, AS SEGURANÇAS.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Monteiro de Barros* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral e assistiu ao julgamento, pelos primeiros apelantes, o Dr. Nelson Luiz Guedes e o Dr. Alberto Pontes Filho, respectivamente.

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Conheço dos recursos interpostos.

No primeiro apelo, os recorrentes, em suas razões, buscam a reforma do julgado de primeiro grau, por entenderem que a espécie não foi devidamente resolvida no *decisum*, ora objeto do recurso, porque o Julgador não teria examinado na integralidade os pontos apontados na inicial e que estão a comprovar a omissão do ente público, na expedição de alvará de demolição e construção.

Entendem que, embora tenham encaminhado a documentação que foi exigida pela Lei Municipal nº 3.802/84 ao órgão e recebido o carimbo de "entregue", nega, contudo, o Município, deferir o que é pedido, criando uma questão inexistente, uma vez que, não sendo tombados os imóveis que se pretende demolir para edificação de outro imóvel no lugar, bem assim cumprido o que determina a lei, a omissão do Poder Público está a causar lesão aos impetrantes, daí a impetração proposta, e negada no r. Juízo de primeiro grau.

Comprovam de modo satisfatório que os imóveis a serem demolidos não se encontram tombados e a planta para edificação de imóvel já se encontra aprovada pelo órgão próprio.

Atacam como lesivo aos seus direitos ato que não necessitava de autorização da Secretaria de Cultura e que por omissão de dita autoridade não ocorreu a expedição do alvará, sob o argumento de que sobre os imóveis edificados ainda pendem estudos a respeito de virem, ou não, a ser tombados.

No segundo apelo, os recorrentes argúem uma preliminar de nulidade da sentença por ausência de relatório e, no mérito, buscam reforma do julgado sob os mesmos fundamentos do anterior recurso, acrescentando que o direito de construir é inerente ao de propriedade, e do exercício desse direito somente podiam ser impedidos se sobre os imóveis houvesse ocorrido tombamento, e o órgão da Municipalidade, Secretaria de Cultura, embora já aguardados mais de cento e vinte dias para informação, nega-se a prestá-la, sem a prática de qualquer ato, razão da impetração.

Rejeito a preliminar argüida. A sentença, apesar de sucinta em seu





relatório, demonstrou que duas foram as impetrações e que ambas seriam apreciadas, como foram, em uma só sentença.

Salientou com real acerto o d. Procurador-Geral de Justiça que na primeira impetração os recorrentes pedem a expedição de alvará de construção, conforme projeto aprovado pela Secretaria Municipal de Atividades Urbanas, sem qualquer exigência de um novo pronunciamento, bem assim sem condicionar o cumprimento de exigência outra da Secretaria de Cultura. A segunda impetração contém pedido de apreciação e aprovação do projeto de construção, sem a necessidade de prévio beneplácito da Secretaria de Cultura.

Objetivaram, assim, com ambas as impetrações, providências que lhes estão sendo negadas por omissão do Poder Público, que prefere o silêncio a uma providência a quem têm direito, ante o direito de construir e inocorrência de tombamento sobre os imóveis edificados.

Um dos fundamentos do *decisum* para denegar a ordem seria o de que os impetrantes não possuem direito líquido e certo porque não comprovaram ter entregado à Secretaria a documentação exigida, daí não ter transcorrido o prazo de cento e vinte dias que autorizaria a impetração da segurança, por ato omissivo da Secretaria de Cultura.

Tal fundamento é insubsistente. Está comprovado, satisfatoriamente, nos autos, que a documentação solicitada pela Secretaria de Cultura foi entregue pelos impetrantes, pois não se pode depreender que, posto o carimbo de entregue, não fosse, em verdade, entregue o que era solicitado (fls. 78).

Está no Novo Dicionário Aurélio: "entregue, dado por entrega".

Se não houvesse sido entregue o que foi pedido, o carimbo seria desnecessário.

Os recorrentes atenderam à solicitação da Secretaria de Cultura e insistiram em uma resposta, até que, vencido o prazo de cento e vinte dias, outra alternativa não tiveram senão a presente impetração.

Patente nos autos a omissão reclamada.

Está a ocorrer abuso de poder por parte do Município.

O discricionarismo do Poder Público não pode encobrir um capricho e a inércia da autoridade administrativa, no ensinamento de Caio Tácito, deixando de executar determinada prestação de serviço a que esteja obrigada e, se, de modo omisso, não a pratica, causa lesão ao patrimônio jurídico individual. Ditas lições estão bem postas em publicação na *Revista de Direito Administrativo*, v. 56.

O abuso de poder, na doutrina brasileira e nos julgados dos tribunais, tem sido repudiado através do mandado de segurança, via constitucional-

mente própria para coibir os abusos daqueles que ocupam um Poder.

A inércia da Administração, no retardamento de ato ou fato que deva praticar, caracteriza, assim, abuso de poder, que enseja correção judicial.

O Ministro Milton Luiz Pereira, no REsp nº 41.993-SP, publicado no *DJ* de 19/06/1995, p. 18.641, decidiu: "Não pode o Poder Público protelar indefinidamente o processo administrativo de tombamento, afetando o direito de propriedade, cuja inércia lesa o patrimônio jurídico individual. Omissa a lei estadual quanto ao prazo para encerramento do processo, pode ser aplicada supletivamente a específica lei federal sobre tombamento (Dec.-lei nº 25/37, art. 9). Demonstrada a injustificada demora, sem prejuízo de ser iniciado outro com submissão à legislação aplicável, anula-se o vetusto processo, como meio de afastar as limitações ao direito de propriedade".

Reconhece-se, aqui, nestes autos, o abuso de poder por parte da Secretaria de Cultura em deixar de praticar um ato, embora ante um projeto de construção que já foi deferido e que está a aguardar, para demolição, a manifestação da mencionada Secretaria, que, de posse da documentação a ela encaminhada, nenhuma providência tomou, com total desrespeito ao direito dos impetrantes.

Embora se reconheça o direito de construir, não pode, contudo, o Judiciário determinar a expedição de alvará para demolição de imóvel, porque extravasa de sua competência, mas, pode, sim, determinar que o ente público - Município de Belo Horizonte - se pronuncie a respeito do que lhe foi apresentado e da documentação a ele entregue pelos impetrantes.

Estou a conceder parcialmente as seguranças impetradas, e que foram decididas em uma só sentença, para que o Município de Belo Horizonte, através das autoridades apontadas na inicial como coatoras, decida, no prazo de trinta dias, o processo administrativo em que se pedem a demolição e a aprovação da planta, formuladas pelos impetrantes, com prática de atos que lhes são próprios.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Schalcher Ventura.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM, PARCIALMENTE, AS SEGURANÇAS.

-:::-

**PÁTRIO PODER - DESTITUIÇÃO - ABANDONO INTENCIONAL - PROVA - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA - GUARDA DE FILHO MENOR - JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA**





**- Sem a prova do abandono intencional do filho menor pela mãe, não se justifica seja destituída do pátrio poder.**

**- Não há julgamento *ultra petita* quando o juiz julga improcedente o pedido de destituição do pátrio poder e, via de conseqüência, defere à mãe a guarda do filho de tenra idade, porquanto o que prepondera é o interesse do menor, e não a pretensão do pai ou da mãe, já que, em se tratando de direito do menor, o juiz não deve ficar adstrito às formalidades processuais, tendo liberdade de decidir de acordo com os interesses daquele, prevalecentes até sobre a discricionariedade do pai, na titularidade do pátrio poder.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.178/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Destituição do pátrio poder - Prova do abandono - Guarda de filho menor. - Sem a prova do abandono intencional do filho menor pela mãe, não se justifica seja destituída do pátrio poder. Não há julgamento *ultra petita*, quando o juiz julga improcedente o pedido de destituição do pátrio poder e, via de conseqüência, defere à mãe a guarda do filho de tenra idade.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de maio de 1999. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Aloysio Nogueira* - Conheço do recurso.

Pedido de destituição de pátrio poder ajuizado por I.F. contra M.D., sob o argumento de que a requerida, mãe de P.R., o teria abandonado aos seus cuidados quando o mesmo estava com apenas nove meses de idade, deixando-o sem assistência moral ou material, julgado improcedente na sentença de fls. 143/146.

Apelou o vencido, pugnando pela reforma da sentença. Alega julgamento *ultra petita*, pois implicitamente se deferiu a guarda do menor à mãe (o que não é objeto desta ação), quando se assegurou ao autor o direito de visitas. No mérito, alega, em síntese, que o pedido de destituição do pátrio poder está embasado em amplo suporte fático, razão pela qual a decisão foi contrária à prova dos autos.

Contra a decisão de fl. 159, que determinou a expedição de dois alvarás, para autor e requerida, conforme sentença, insurgiu-se o recorrente, via

agravo retido, pedindo sua apreciação pelo Tribunal como preliminar da apelação, pois não é possível permitir a execução da sentença, uma vez que a apelação foi recebida em ambos os efeitos.

*Agravo retido.*

No agravo retido, insurge-se o recorrente contra a decisão judicial que determinou a expedição de dois alvarás, inconformado, principalmente, com a ordem para que entregasse a criança à mãe, conforme estabelecido na sentença.

A decisão agravada foi mantida pelo douto Julgador (fl. 167), à consideração de que se constatou a ausência de culpa da mãe, sendo a medida a que mais atende os interesses do menor, criança de tenra idade.

Registro que a ordem judicial não foi atendida pelo agravante, gerando, inclusive, expedição de novo alvará, decisão na qual o digno Magistrado determinou, mais uma vez, a entrega da criança à mãe, em três dias, sob pena de crime de desobediência (fl. 178), também descumprido, ensejando mandado de busca e apreensão (fl. 181) e o envio de cópias ao Ministério Público para processar criminalmente o recorrente por crime de desobediência (fl. 190).

Não merece provimento o agravo retido.

Como bem acentuou o douto Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 199/201, que adoto: "*A conseqüência natural e imediata da improcedência da ação de destituição de pátrio poder era a expedição dos referidos alvarás, já que, na mesma ação, 'acertadamente', o MM. Juiz resolveu logo a questão da guarda do menor de tenra idade, já que tinha todos os elementos suficientes nos autos, inclusive os laudos dos assistentes sociais*".

Esqueceu-se o recorrente, ademais, de que, em se tratando de direito de menor, o juiz não deve ficar adstrito às formalidades processuais, tendo liberdade de decidir de acordo com os interesses daquele, prevalecente até sobre a discricionariedade do pai, na titularidade do pátrio poder.

Desprovejo o agravo.

*Decisão ultra petita.*

A alegação de julgamento *ultra petita* veio sob o prisma de que implicitamente se deferiu a guarda do menor à mãe (o que não é objeto desta ação), quando se assegurou ao autor o direito de visitas.

A irresignação não vinga, uma vez que a guarda visa regularizar uma situação de fato e se faz no interesse do menor. E, em ações que tratam de interesses de menor, não há que se falar em proibição de decisão *ultra petita*, uma vez que o julgador deve resguardar os legítimos interesses do menor, cabendo-lhe uma margem de liberdade para tomar as medidas que entender necessárias ao cumprimento desse mister.





Nesse sentido o precedente do STJ, trazido à fl. 171: "O juiz dispõe de amplo poder discricionário ao decidir sobre assunto que envolve interesse de menor, inocorrendo, *in casu*, julgamento *extra petita*" (MS nº 457-DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 21/08/90).

Demais, ao decidir pela improcedência do pedido de destituição do pátrio poder, considerando que a mãe não tinha a posse da criança, porque fora impedida, pelo pai, de levá-la consigo, mas na primeira oportunidade buscou o filho e o manteve consigo, razoável a decisão que lhe assegura, de imediato, a guarda, haja vista que a criança tem apenas um ano e meio de idade. Aliás, houve expresso pedido da requerida nesse sentido (fl. 113).

Ao depois: "Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento pode o juiz ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse do filho menor, e não a pretensão do pai ou da mãe" (STF, *DJU*, 20/12/67).

No ponto, assinalou o Ministério Público: "... vê-se a correção da sentença ao estabelecer logo a guarda, em razão da premência que o caso exigia, mormente porque, estabelecida a guarda, presenciou-se o inconformismo exacerbado do apelante no cumprimento da ordem judicial, como já se disse anteriormente, o que originou, inclusive, pedido de instauração de procedimento criminal".

Rejeito a preliminar.

*Mérito.*

No mérito, melhor sorte não segue o recurso.

Argumentou o autor que a mãe de seu filho o abandonara em sua casa e, desde então, vinha dele cuidando com o auxílio de uma de suas irmãs. Ao contestar o pedido, a requerida alegou ter sido expulsa da casa do autor, proibida de lá retornar e impedida de levar o filho consigo. Disse que havia deixado o emprego, iludida com as promessas do autor de que iria cuidar da família. Entretanto, isso não se cumpriu, e a recorrida conseguiu manter a casa com o dinheiro de seu acerto rescisório. Jamais deixou de dar assistência ao filho, acompanhando-o ao médico sempre que necessário, zelando por ele, convivência que foi bruscamente interrompida pelo autor.

A r. sentença, do minucioso exame dos elementos constantes dos autos, concluiu que não havia prova a dar suporte a uma medida tão grave como a destituição do pátrio poder, uma vez que não se demonstrou ter a mãe realmente abandonado o filho. Ao contrário, mostravam os autos que, com o rompimento da vida em comum, foi a mãe impedida de levar consigo o filho, mas, na primeira oportunidade surgida, buscou-o e manteve-o em sua companhia (fl. 145).

Com efeito, não há nos autos justificativa para a destituição do pátrio poder, que é sanção de alto alcance, como acentuado por SILVIO RO-

DRIGUES, e "corresponde à infringência de um dever mais relevante". O abandono de que fala o CC, art. 395, "... não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade" (*Direito Civil*, v. 6°, 6ª ed., p. 377).

Assim, concluiu a r. sentença, a meu ver, com acerto, que, "considerando não existir 'ninguém melhor que a mãe para dispensar o carinho, os cuidados e a paciência de que uma criança necessita nos primeiros anos de vida psíquica' (*RT*, 545/77)", e de menor importância o fato de a mãe residir em lugar simples e com pouco conforto e, principalmente, à ausência de prova do alegado abandono, a improcedência do pedido de destituição de pátrio poder era de rigor.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas. Partes sob o benefício da justiça gratuita.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Antonino Baía Borges e Monteiro de Barros.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO.

-:::-

## IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - PAGAMENTO INDEVIDO - ERRO DE FATO - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE - CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS - EMBARAÇO AO SEU APROVEITAMENTO - ENTE PÚBLICO - CORREÇÃO MONETÁRIA - NATUREZA DE ACESSÓRIO OU DE SANÇÃO - INEXISTÊNCIA - MERA ATUALIZAÇÃO DA MOEDA - ADMISSIBILIDADE

**- A correção monetária nada mais representa do que a mera atualização da moeda, corroída no decurso dos anos pela força destruidora da inflação, que assola a economia, e, como tal, se revela instrumento de recomposição do valor, visando ao equilíbrio das relações jurídicas, a preservar a sua expressão econômica, não se permitindo, por isso, lhe seja dada a natureza de acessório ou mesmo de sanção.**

**- Tem-se admitido a correção monetária de créditos extemporâneos quando o erário público tenha formulado embaraço ao seu aproveitamento, impedindo o contribuinte do ICMS de exercitar o direito, constitucionalmente assegurado, de levá-los imediatamente a registro, para que se promova a apuração do montante do imposto devido.**





**- Havendo pagamento indevido de ICMS por erro de fato, porquanto amparadas as operações pelo manto do benefício fiscal, isenção, diferimento ou base de cálculo reduzida, permite-se a compensação dos valores recolhidos relativos à saída de mercadorias tributadas indevidamente.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 135.192/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Crédito extemporâneo - Correção monetária - Cabimento - Saídas tributadas indevidamente - Compensação - Legitimidade.

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 MANTER A SENTENÇA, NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1999. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - Configurados os pressupostos de admissibilidade previstos pela legislação processual, conheço da remessa oficial e do recurso de apelação.

Cuidam os autos de ação anulatória de débito fiscal proposta pela Cooperativa Agropecuária de Curvelo, por meio da qual pretende desconstituir autos de infração lavrados pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, porque consideraram indevidos o aproveitamento de crédito proveniente da aplicação de correção monetária sobre ICMS apropriado tardiamente, bem como a compensação de ICMS e correção monetária originados de saída de mercadorias tributadas equivocadamente.

O feito obedeceu a sua regular tramitação e culminou com a r. sentença que julgou procedente o pedido.

Não se conformando com a decisão, interpôs a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais recurso de apelação. Sustenta, em preliminar, a ilegitimidade de parte e, no mérito, reitera os argumentos expendidos na contestação.

Contra-arrazoado o recurso de apelação, ascenderam os autos a esta douta instância revisora.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela manutenção da sentença.

Breve relato. Decido.

Não merece ser acolhida a preliminar de ilegitimidade de parte, pois, como bem ressaltou o zeloso Procura-

dor de Justiça, Darcy Souza Filho, "se a autora busca com ação anular e desconstituir lançamentos tributários contra si exigidos pelo Fisco Estadual, não há de se falar em ilegitimidade de partes".

Rejeito, portanto, dita prefacial.

A pretensão configurada na anulatória de débito fiscal envolve duas questões distintas, que merecem ser analisadas isoladamente, a saber, a correção monetária de créditos apropriados extemporaneamente e o creditamento de valores referentes a saídas de mercadorias tributadas equivocadamente, por estarem amparadas por benefício fiscal.

No que toca à correção monetária dos créditos extemporâneos, parte da jurisprudência tão-somente a admite quando tenha o erário formulado embaraço ao aproveitamento, impedindo o contribuinte do ICMS de exercitar o direito, constitucionalmente assegurado, de levá-los de imediato a registro, a fim de que promovesse a apuração do montante do imposto devido.

Mas a correção monetária nada mais representa do que a mera atualização da moeda, corroída no decorrer dos anos pela força destruidora da inflação, que até bem pouco tempo assolava a economia, revelando-se, por esse aspecto, singelo veículo de recomposição do valor, que atua apenas para possibilitar que seja preservada a sua expressão econômica.

Ante toda essa realidade, não se permite possa ser conferida à correção monetária a natureza de acessório, ou mesmo de sanção, exercitada contra o Fisco, quando impede o sujeito passivo de promover a compensação dos créditos na ocasião oportuna, ou contra o contribuinte, quando, por fato a ele próprio imputado, deixa de concretizar o abatimento.

Esclarece bem a questão HUGO DE BRITO MACHADO:

"De todo o modo, o critério não é adequado, *data venia*. A distinção entre o caso em que o crédito não foi utilizado em face de obstáculo criado pelo Fisco e aquele em que a não-utilização do crédito no período em que foi gerado deve-se a simples erro do contribuinte é de todo inaceitável, em face da natureza jurídica da correção monetária.

A correção monetária é simples instrumento de atualização do valor da moeda, que se presta para manter o equilíbrio das relações jurídicas. Não é sanção. Nem pode ser utilizada como tal. Independe da causa da demora.

Exatamente porque não é sanção, a correção monetária do débito tributário é devida mesmo quando o pagamento deste ocorre em face da denúncia espontânea da infração, não podendo ser dispensada em virtude da norma do art. 138 do Código Tributário Nacional. Como instrumento que é, de atualização da expressão monetária das obrigações de cunho patrimonial, deve ser efetuada sempre que o adimplemento de uma obrigação, expressa em moeda, tenha ocorrido a destempo, e durante o lapso temporal em que demorou o inadimplemento tenha existido o desgaste do valor da moeda.

A final, importa insistir neste ponto, a correção monetária dos créditos extemporâneos não é sanção contra o Fisco. Nem sua exclusão pode ser uma sanção contra o contribuinte. Ela é pura e simplesmente uma fórmula pela qual é respeitado o princípio da não-cumulatividade". (*Aspectos Fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 149/150.)

Igual caminho tem trilhado a Quarta Câmara Cível desta Corte:

"Por outro lado, reconhecido o direito ao crédito, seria rematado absurdo outorgar ao contribuinte o aproveitamento pelo valor nominal da época do nascimento do direito, sem qualquer atualização. Inadmissível, no Brasil de hoje, a simples idéia de direito patrimonial sem atualização. Já foi dito, vezes sem conta, que a correção monetária não é prêmio, nem castigo, mas somente atualização, ou reposição da expressão monetária em face do tempo" (Apelação Cível nº 10.015/6, Rel. Des. Caetano Carelos).

Na análise da matéria, há que se ter em conta a necessidade de se estabelecerem pesos e medidas iguais, tanto para o ente tributante, como para o contribuinte, se ao Fisco é assegurada a correção monetária dos seus créditos, o mesmo tratamento deve ser assegurado a quem realiza o fato delimitador do imposto, a não ser que se pretenda ver os seus créditos reduzidos a pó.

Reforça a afirmação a não-cumulatividade, na forma consagrada pelo Texto Constitucional, porque, para a perfeita identificação do montante devido pelo sujeito passivo, pelo confronto das entradas e saídas, não se pode permitir desequilíbrio entre os créditos e os débitos, que leve à supremacia de um em relação ao outro, pela diversidade de critérios eleitos para cada um.

Se os créditos da Fazenda Pública e do contribuinte não forem homogêneos, se não se igualarem para efeito de pesagem, ou ainda se não tiverem idênticas propriedades ou características, a compensação, instrumento indispensável à efetivação do princípio da não-cumulatividade, não se realiza concretamente, com o comprometimento da própria Constituição.

Relativamente à compensação de créditos relativos à saída de mercadorias tributadas indevidamente, penso que a sentença, também nessa parte, não merece ser reformulada.

Tudo porque é a própria legislação do ente político, na hipótese, o regulamento do ICMS, que possibilita, em ocorrendo a situação vivenciada pela recorrida, pagamento indevido do imposto, por erro de fato, já que estavam as operações sob o manto de benefício fiscal, isenção, diferimento ou base de cálculo reduzida, a compensação dos valores recolhidos.

São os arts. 171 e 172, do RICMS, que regem a matéria.

Não fosse a autorização expressa, contida em norma do ente tributante, a devolução do ICMS equivocamente recolhido far-se-ia pela restituição tributária, provando, o contribuinte de direito, que assumiu o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este último expressamente autorizado.

Mas, como há preceito explícito, não há o que se refutar.

Com estas considerações, em reexame necessário, mantenho a sentença, julgando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - De acordo.

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E MANTIVERAM A SENTENÇA, NO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

## EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TERMO DE PENHORA - ADVOGADO SEM PODERES PARA NOMEAR BENS E ASSINAR - AUSÊNCIA DE SEGURANÇA DO JUÍZO - ARTIGO 16, § 1º, DA LEI Nº 6.830/80 - EMBARGOS - REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO DE OFÍCIO

**- Sem poderes expressos, não pode o advogado nomear bens à penhora e subscrever o seu respectivo termo. Só depois de seguro o Juízo é que se tornam admissíveis os embargos à execução (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80). À falta do requisito, deve-se, de ofício, julgar extinto o processo de embargos, por falta de segurança do Juízo.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.526/2 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Advogado sem poderes para nomear bens e assinar termo de penhora - Ausência de segurança do Juízo - Requisito de admissibilidade dos embargos - Extinção do processo. - Sem poderes expressos, não pode o advogado nomear bens à penhora e subscrever o seu respectivo termo. - Só depois de seguro o Juízo é que se tornam admissíveis os embargos à execução.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM EXTINGUIR O PROCESSO DE EMBARGOS, DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Campos Oliveira* - Cuidam os autos de embargos opostos por Agroceres Pic Suínos e Nutrição Animal Ltda., nos autos da execução que lhe move a Fazenda Pública Estadual, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, buscando a improcedência da execução, que é originária de débito inexistente (PTA 10.00492.89-0), já que a questão se reduz à definição do que efetivamente sejam "balanceadas para animais", esclarecendo que "foi autuada, a pretexto de que não poderia ter considerado isentas as saídas de 'concentrados' e 'suplementos' para animais, de uso na avicultura e na pecuária, por se tratarem de produtos sujeitos à tributação, diversas, segundo a ótica do fisco, das 'rações balanceadas para animais', de uso na avicultura e na pecuária, estas, sim, agasalhadas pela isenção" (*sic*) (fls. 05).

A final, os embargos foram acolhidos e, conseqüentemente, julgadas extintas as execuções (autos apensos), submetida a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, a embargada apelou, tempestivamente, buscando a reforma da sentença e a improcedência dos embargos, defendendo o entendimento de que inexiste a pretendida isenção, não se resumindo a discussão em se saber, pura e simplesmente, a extensão da isenção concedida pela Lei Complementar nº 04/69, em razão da terminologia adotada, não havendo lei estadual que a conceda quanto aos produtos comercializados pela embargante/apelada.

Sem preparo, na forma da lei.

O apelo foi contrariado, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada, o que mereceu a adesão do Dr. Promotor.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça escusou-se de emitir parecer, em parecer da lavra do Dr. Francisco Rolla.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial e do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que os embargos não deveriam ter sido admitidos, por falta de segurança do Juízo, pois não há penhora válida.

Há dez processos de execução que foram apensados, vendo-se no apenso 09/10 que a procuração de fls. 09/10 não dá aos outorgados poderes para nomear bens à penhora e nem subscrever o seu respectivo termo.

Além do mais, o termo de fls. 49 está subscrito somente pela procuradora, não se sabendo quem lhe fez a nomeação de depositária, que é um dos requisitos da penhora válida (CPC, art. 665).

De acordo com a doutrina de ARNALDO MARMITT:

"*O termo de nomeação é redigido pelo escrivão e o auto de penhora pelo oficial de justiça. Cada peça encerra o mesmo conteúdo e obedece os mesmos requisitos do art. 665 do Código de Processo Civil. O desatendimento de qualquer deles vicia o ato, constituindo-se em causa de nulidade não cominada*",

acrescentando posteriormente:

"*O auto de penhora deve conter os seguintes requisitos*:

(...)

*d) a nomeação de depositário do bem, que recairá na pessoa que desempenha tal função, ou no próprio devedor, ou em depositário particular, a ser nomeado pelo Juiz, ou, ainda, em estabelecimento bancário. A assinatura do auto pelo depositário é indispensável, não bastando a do escrivão do juízo. Termo só com a assinatura do escrivão, sem nomeação de depositário, enseja a nulidade da execução, a partir do termo de penhora*" (*A Penhora*, 1ª ed., p. 30/31).

Segundo o art. 16 da Lei nº 6.830/80, os embargos só podem ser admitidos se garantido o Juízo, o que não ocorre.

Dentro desse raciocínio é o ensinamento de HUMBERTO THEODORO:

"*Só depois de seguro o Juízo é que se tornam admissíveis os embargos à execução, tal como acontece no Código de Processo Civil* (Lei nº 6.830/80, art. 16, § 1º)" (*Lei de Execução Fiscal*, 4ª ed., p. 71, 1995).

E outra não é a lição de JOSÉ DA SILVA PACHECO:

"*O § 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80 repete a regra do art. 727 do CPC. Não se admitem embargos antes de seguro o juízo, quer pelo depósito em dinheiro, quer pela fiança bancária, ou pelo termo de nomeação de bens próprios ou de terceiros. Assegurada a execução, pelos meios assecuratórios permitidos no art. 9º ou pelos meios executivos, pode o executado opor-se à execução, mediante embargos.*

*Se o executado opuser embargos antes de seguro o juízo, não devem eles ser admitidos*" (*Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 5ª ed., p. 193/194, 1996).

E nesse sentido têm decidido os tribunais de todo o País, bastando se colacionarem as seguintes decisões:

"*A segurança do juízo, com o depósito da coisa penhorada, é condição imprescindível à admissibilidade dos embargos*" (*RF*, 254/298 e *Dicionário Jurisprudencial*, DAGMA PAULINO DOS REIS, 2ª ed., p. 585, 1994).

"*É de se dar provimento ao agravo retido interposto contra decisão que recebeu os embargos à execução sem que o juízo estivesse seguro pela penhora, para não conhecer dos embargos por falta de uma das condições de sua admissibilidade*" (*DJMS*, 4/8/89 e *Dicionário Jurisprudencial*, DAGMA PAULINO DOS REIS, 2ª ed., p. 585, 1994).

Isto posto, de ofício, julgo extinto o processo de embargos, por falta de segurança do juízo, invertidos os ônus da sucumbência, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aluízio Quintão e Herondes de Andrade.

*Súmula* - EXTINGUIRAM O PROCESSO DE EMBARGOS, DE OFÍCIO; PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**SENTENÇA - JUIZ CONVOCADO PARA COLABORAR NA VARA - NÃO-PARTICIPAÇÃO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - PROVAS PRODUZIDAS - DESINFLUÊNCIA NA DECISÃO - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - OFENSA - INEXISTÊNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - ART. 132 DO CPC - INTELIGÊNCIA - DEMISSÃO DE SERVIDOR - PROCESSO ADMINISTRATIVO - VÍCIOS - AUSÊNCIA - ATO ADMINISTRATIVO - AÇÃO ANULATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA**

**- Não é nula a sentença proferida por juiz convocado para colaborar na vara, com competência fixada pelo TJMG, e não por aquele que participou da instrução processual, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC), desde que a prova produzida na instrução em nada tenha influído na decisão da causa.**

**- Inocorrentes vícios e ilegalidades no processo administrativo de que resultou a demissão do servidor, revelando-se nos autos, ademais, que o mesmo cometera faltas graves a justificar a punição imposta, é de se julgar improcedente a ação anulatória do ato administrativo.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.897/7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Processual civil - Sentença - Identidade física do juiz - Inteligência do art. 132 do CPC. - A

sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução não é nula, posto que a prova produzida em audiência em nada influiu na decisão.

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, 22 de junho de 1999. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Abreu Leite* - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 342/344-TJ, que julgou improcedente pedido constante de ação anulatória de ato administrativo proposta por Rômulo Garcez Vidigal contra o Município de Belo Horizonte, em razão de não encontrar nenhuma irregularidade no processo administrativo que culminou com a dispensa do autor.

O apelante, nas razões recursais de fls. 355/375-TJ, alega, preliminarmente, que a sentença é nula, pois foi prolatada por Juiz que não participou da instrução processual, ferindo o art. 132 do CPC, além de não ter examinado todas as causas de pedir, deixando de observar o art. 458 do CPC. No mérito, em síntese, sustenta vícios e ilegalidade no processo administrativo que resultou em sua demissão.

O recorrido apresentou contrarazões às fls. 380/384-TJ, pugnando pela manutenção da r. decisão.

A douta Procuradoria de Justiça lançou parecer às fls. 398/399-TJ, onde opina pelo acolhimento da primeira preliminar e, no mérito, pelo desprovimento recursal.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

1. *Da preliminar - Art. 132 do CPC*:

Vê-se dos autos que toda a instrução processual foi presidida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal, Dr. Elias Camilo Sobrinho, que inclusive presidiu a audiência de instrução e julgamento de fls. 296/301-TJ.

Todavia, a sentença foi proferida pelo Dr. Sérgio Abdalla Semião.

Acontece que este Juiz foi convocado para colaborar junto à referida vara, com competência fixada em ato deste Tribunal, pelo que poderia mesmo ter proferido a r. decisão na forma do art. 132 do CPC, desde que convocado para o exercício da referida jurisdição.

Não fosse isto o suficiente, vê-se que a instrução processual coletada pelo MM. Juiz Titular daquela Vara em nada influiu na decisão de mérito, que se ateve exclusivamente à





prova documental produzida com o pedido e com a contestação, não se justificando desta forma a anulação da sentença pelo princípio da identidade física, desde que a prova testemunhal e a prova pericial em nada influíram na decisão da causa.

*Rejeito a preliminar.*

2. *Da nulidade da sentença*:

Ao contrário do que vem afirmado nas razões recursais, a r. sentença examina todas as questões postas, inclusive fazendo ressaltar que não foram apresentadas questões prejudiciais propriamente, mas ainda assim se verifica, à fl. 343, que o processo administrativo contém a tipificação de quatro faltas graves atribuídas ao autor e que observou o devido processo e assegurou o contraditório e a defesa do mesmo.

Assim considerando, rejeito também esta preliminar.

3. *Do mérito*:

Vê-se dos autos que, após regular procedimento administrativo, inclusive precedido de sindicância, apurou-se que o apelante não tinha urbanidade com os contribuintes no exercício da função pública, não respeitava seus superiores hierárquicos, chegando mesmo a concretizar ameaças, faltas estas que justificavam a punição feita ao mesmo.

Também é digno de registro o que consta da r. sentença, isto é, "que não é dado ao Poder Judiciário questionar no que se refere à conveniência e oportunidade do ato administrativo", embora entenda que se possa ferir o mérito verificando se houve correta aplicação administrativa da punição feita ao autor.

E, neste exame, constata-se que houve faltas graves a justificar sua exoneração.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo recorrente.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - De acordo.

*O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**ALIMENTOS - EXECUÇÃO - DÉBITO - PAGAMENTO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ART. 290 DO CPC - INAPLICABILIDADE - SENTENÇA SUCINTA - RELATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RATIFICAÇÃO - NULIDADE - AUSÊNCIA - ÓRGÃO MINISTERIAL - CONDUTA FUNCIONAL CONTRA DIREITOS DE INCAPAZES - INOCORRÊNCIA**

**- O fato de o juiz ratificar o relatório do Ministério Público não produz censura à sentença, nem desfigura o aceite de tal proceder, não podendo a decisão ser acoimada de nula.**

**- Não há que se falar em nulidade da sentença por falta dos requisitos essenciais exigidos no art. 458, I e II, do CPC, se a sua fundamentação, embora sucinta, é suficiente para não deixar nos autos marcas ou aparência de arbítrio, revelando, ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar.**

**- Inocorrente qualquer resquício de conduta funcional em desrespeito ao direito dos incapazes, não se acolhe preliminar de nulidade fundada na alegação de que o Ministério Público se manifestara contra o incapaz.**

**- Honrado o débito alimentício estruturador da execução, desnecessário se prosseguir com o executivo, devendo o mesmo ser extinto, nos termos do art. 794, I, do CPC, não se podendo aplicar ao caso o art. 290 do mesmo *codex*, uma vez que a referida norma só incide nas ações que dependem de cognição completa, com sentença final, sendo inaplicável quando se tratar de processo de execução.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 136.052/8 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Execução de alimentos - Sentença sucinta - Validade - Intervenção ministerial devida - Inaplicabilidade da norma do artigo 290 do Código de Processo Civil - Improvimento recursal.

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 AS PRELIMINARES ARGÜIDAS E NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - Cuida-se de irresignação recursal dirigida contra respeitável entendimento judicial que, em seara de ação rotulada de execução de alimentos, veio de declarar extinta a mesma, vistos os ditames, referidos, do artigo 794, I, do Código de Processo Civil.

Os apelantes, em preliminar, vêm de buscar a declaração de nulidade do *decisum*, vez que órfão "dos requisitos essenciais exigidos pelo artigo 458, incisos I e II", do Diploma Formal.

Balizado o mesmo, noto não





padecer dos defeitos que lhe foram imputados.

O fato de seu douto Subscritor ter ratificado o relatório outrora estatuído pelo ilustre representante do Ministério Público, como acontecido, não produz censura, menos desfigura o aceite de tal proceder.

No mais, a fundamentação, embora escassa, não revelou entraves à decisão, porque não acoimada de insuficiente; de atenção, a mais, que a norma legal, entendível por aplicável, unicamente, fora assinalada.

Ademais, o alegado pelo MM. Juiz suficiente fora, ante o universo dos autos, para não deixar nos autos qualquer marca ou aparência de arbítrio.

Por bem sentir, a revelação do ponto de referência à conclusão sentencial, bastante, por si, fora para que os apelantes pudessem manifestar-se, em campo do recurso atual.

Ainda de destaque que:

"O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão (*RF*, 126/172), pois não há e nem pode haver modelo para a fundamentação da sentença, bastando que o juiz diga o suficiente para eliminar da decisão as marcas e aparências do arbítrio, desvelando ao mesmo tempo ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar" (*RT*, 274/656).

E mais: "A sentença que expõe resumidamente os fundamentos pode ser lacônica, mas não carente de fundamentação" (*RT*, 398/359).

Rejeito, ao deduzido, a preliminar enfocada.

Preliminar outra fez-se de presença.

Por ela, os apelantes acentuam que o processado estaria sob a pecha de nulidade, porque o Ministério Público, via seu representante, acabou por se manifestar "contra o incapaz", fls. 35.

Vez mais, razão distancia-se dos recorrentes, *concessa venia*.

Ao que se pode tirar da atenção, global, do Ministério Público, nem de leve aconteceu algum posicionamento que pudesse revelar desatenção do órgão ministerial para com os apelantes.

O que fora alegado, fls. 28/29, não tivera, como não tem, qualquer resquício de conduta funcional em desrespeito ao direito dos apelantes, por eles alegado e debatido.

Fica, assim, sem abrigo a preliminar presente, donde sua rejeição.

Em território de mérito, melhor sorte não socorre aos apelantes, *venia concessa*.

Ao universo dos autos, o débito alimentício, estruturador da execução,

viu-se por devidamente honrado, não sendo, destarte, necessário prosseguir-se com o processado, como de pretensão apelatória, fls. 36, *in fine*.

Mesmo sob a bússola do artigo 290 do *Codex* Instrumental, não havia por se alongar nos autos.

Dada a natureza da execução edificada, a inclusão de prestações vinculadas não poderia haver depois da inicial, vez que o artigo citado se refere às ações ainda sem título judicial ou extrajudicial, portanto às que dependem de cognição completa, com sentença a final, o que não fora, como não é, o caso presente.

É de encaixe que:

"A regra do artigo 290 do Código de Processo Civil só incide nas ações condenatórias. Tratando-se de processo de execução, não tem aplicação o referido artigo" (*RT*, 534/129).

Em face do exposto, nego provimento ao apelo.

Sem custas, posto assistência judiciária.

Participaram do julgamento os Desembargadores Schalcher Ventura e Aloysio Nogueira.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES ARGÜIDAS E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

**FALÊNCIA - TÍTULOS DE CRÉDITO - PROTESTO - PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA - PEDIDO DE QUEBRA - REQUISITOS - PRESENÇA - NOVAÇÃO - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESES DO ART. 4º DA LEI DE FALÊNCIAS - INEXISTÊNCIA - PROCEDÊNCIA**

**- O pagamento parcial da dívida não impede a decretação da falência, em razão de persistirem os requisitos da impontualidade do devedor, que ainda não cumpriu a obrigação assumida, assim como a legitimidade do título para a propositura de ação executiva.**

**- O simples fato de ter havido pagamento parcial da dívida consubstanciada em títulos de crédito protestados não comprova a ocorrência de novação, especialmente quando ausentes os requisitos do art. 999 do Código Civil.**

**- Preenchidos os requisitos do art. 1º da Lei Falimentar, inexistindo quaisquer das hipóteses do art. 4º daquele diploma legal, imperativa a conclusão pela procedência do pedido de falência.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 136.859/6 - Comarca de Contagem - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Protesto de títulos de crédito - Pagamento parcial de dívida - Pedido de falência - Procedência - Inexistência de novação - Persistência dos requisitos para o pedido da quebra - Inexistência das hipóteses do art. 4º da Lei de Falências. - Não constitui novação o pagamento parcial da dívida consubstanciada em títulos de crédito protestados. O pagamento parcial não impede a declaração da quebra, em razão de persistirem os requisitos da impontualidade do devedor, que ainda não cumpriu a obrigação assumida, assim como a legitimidade do título para a propositura de ação executiva. Preenchidos os requisitos do art. 1º da Lei Falimentar, inexistindo quaisquer das hipótese do art. 4º daquele diploma legal, imperativa a conclusão pela procedência do pedido de falência.

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 AO APELO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 1999. - *José Antonino Baia Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Antonino Baia Borges* - Ical Indústria de Calcinação Ltda., inconformada com a r. sentença de fls. 87-TJ, que julgou improcedente o pedido de falência formulado em face de Premacil Ltda., interpôs recurso de apelação (fls. 88/98), alegando que o pagamento parcial não altera a liquidez nem impede a decretação de falência; que é inadmissível o protesto de saldo devedor referente a duplicatas já protestadas; que o pagamento parcial não implica novação da dívida nem descaracteriza o título, subsistindo a dívida do devedor referente a quantia que não foi paga; e, ainda, que novação não se presume e apenas a sua prova extingue o vínculo e desconstitui a cártula.

A apelada não apresentou contra-razões.

Por seu turno, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Conheço do recurso presentes os pressupostos de admissibilidade.

A apelante requereu a falência da apelada, tendo em vista as duplicatas protestadas, acompanhadas dos respectivos comprovantes de recebimento de mercadorias (fls.14/72-TJ). Após o protesto e anteriormente à propositura do pedido de falência, a apelada efetuou o pagamento parcial da dívida, o que, vale ressaltar de início, não supera a impontualidade do devedor.

Com efeito, a declaração de falência exige obrigação líquida não honrada no vencimento, constante de título que legitime a ação executiva (art. 1º do Dec.-lei nº 7.661).

O protesto levado a efeito pela apelante comprovou a impontualidade da apelada. Os títulos protestados são passíveis de instruir ação executiva, pois gozam de exigibilidade, certeza e liquidez, vez que, decotando-se o valor pago, através de simples operação aritmética, se obtém, sem dificuldade, o valor devido.

Embora regularmente citada, a apelada não se manifestou, nem efetuou o depósito elisivo. Não ficou constatado nenhum dos casos impeditivos da declaração de falência, constantes do art. 4° do Dec.-lei n° 7.661/45. Enfim, não há que se falar em impossibilidade de declaração da quebra, em face do art. 4°, inc. IV, do diploma legal retromencionado, porque o pagamento efetivado foi parcial, não caracterizando a hipótese descrita naquele dispositivo legal.

Da mesma forma, não restou demonstrada a novação após o protesto, como concluiu o MM. Juiz monocrático. O simples fato de ter havido pagamento parcial não comprova a ocorrência de novação.

Nos termos do art. 999 do Código Civil, dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com ele.

Todavia, não ocorreu contração de nova dívida, nem sucessão de devedor ou substituição de credor: a dívida tem origem nos mesmos títulos que ainda não foram pagos integralmente, logo persiste o débito; inexiste nos autos qualquer instrumento de novação; e o credor é o mesmo constante do título, assim como o devedor.

Ademais, se fosse o caso de novação, ou seja, contratação de nova dívida em substituição da primeira, os títulos que foram acostados à inicial, com certeza, não estariam na posse do apelante, vez que a novação é uma das formas de extinção da obrigação originalmente assumida, no caso dos autos, através dos títulos de crédito que, enquanto estiverem aos cuidados do credor, podem legitimar a ação executiva em face da sua literalidade e abstração.

Vale ressaltar a boa-fé da apelante ao informar que a dívida fora paga em parte, vez que, em face da falta de manifestação da apelada nos presentes autos, este pagamento parcial restaria desconhecido, se não o tivesse esclarecido a apelante.

Destarte, por não vislumbrar qualquer fato impeditivo da declaração da quebra, dou provimento ao recurso, para que seja declarada a falência da apelada, com fundamento no art. 1° do Dec.-lei n° 7.661/45.

Participaram do julgamento os Desembargadores Monteiro de Barros e Isalino Lisbôa.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-





## DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - IMÓVEL EM CONDOMÍNIO - CONDÔMINOS - LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO - ADQUIRENTES - ARTIGO 527 DO CÓDIGO CIVIL - INTELIGÊNCIA - PROPRIETÁRIOS - APOSSAMENTO PARCIAL - FALTA DE DESCRIÇÃO PERFEITA DOS IMÓVEIS - CARÊNCIA - INOCORRÊNCIA

**- Tratando-se de terreno em condomínio, não tendo havido registro de escritura amigável de divisão, a propriedade de cada condômino continua indefinida, e legitimado para ação indenizatória (desapropriação indireta) é o condomínio, e não cada condômino isoladamente.**

**- Tendo havido transferência do domínio, sem ressalva ou restrição alguma, entende-se, ante a ausência de reserva nas transações imobiliárias, que os adquirentes se sub-rogam nos direitos e ações dos alienantes, na forma da lei (art. 527 do Código Civil), tendo, pois, legitimidade para a ação de desapropriação indireta.**

**- Comprovada a propriedade e o apossamento indevido pelo órgão expropriante, ainda que parcial, manifesto é o interesse de agir, não havendo que se falar em carência. A quantificação da faixa ocupada e o seu respectivo valor podem ficar para exame, inclusive na fase de execução, não sendo requisito essencial da inicial a perfeita descrição dos imóveis com suas precisas dimensões, divisas e confrontações.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 137.041/0 - Comarca de Andradas - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Desapropriação indireta - Imóvel em condomínio. - Tratando-se de terreno em condomínio, não tendo havido registro de escritura amigável de divisão, a propriedade de cada condômino continua indefinida e legitimado para ação indenizatória é o condomínio, e não cada condômino isoladamente. Carência, nesse particular, que se decreta.

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, 10 de junho de 1999. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Lindolpho José Duarte.

*O Sr. Des. Hugo Bengtsson* -

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação ordinária de indenização (desapropriação indireta) promovida por Oscar Garcia de Oliveira e sua mulher, Marly Sales de Oliveira; Vicente Muniz Franco e sua mulher, Vera Muniz; Ângelo Faquili e sua mulher, Jeanetti Foga Faquili; Amâncio Colobardini e sua mulher, Estela Piana Colobardini; José Adib Lobo e sua mulher, Luiza Rigoni Lobo; Onofre Geraldo dos Reis e sua mulher, Eni Canedo dos Reis; Adenir de Oliveira e sua mulher, Anita Moreira de Oliveira; José de Deus Almeida e sua mulher, Maria Aparecida de Almeida; João Luiz Lanzani e sua mulher, Maria José Santos Lanzani; José Carlos Magalhães e sua mulher, Sonia Maria Lobo de Magalhães; Amélio Secco e sua mulher, Parmira Bergami Secco; Maria de Lourdes da Silva Braga; Geraldo Rinke e sua mulher, Aparecida Victorello Rinke; e Narciso Trevisan e sua mulher, Laura Conceição dos Reis Trevisan, contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, com extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, como consta do relatório.

No que diz respeito aos imóveis em comum, os respectivos postulantes, apegando-se ao que a respeito dispõem os arts. 623 e 640 do CC, se dizem seus administradores e mandatários comuns.

Em caso análogo, assim me posicionei quando do julgamento da Apelação Cível nº 5.933/7, de Pouso Alegre, como Relator:

"... Na verdade, os autores são, apenas, proprietários de uma área ideal de imóvel em comum, com seus dois irmãos.

Em hipótese alguma os demandantes, mesmo que sejam considerados administradores de imóvel comum, podem propor ação de indenização em face de ocupação indevida de determinada faixa de terreno.

Não se aplicam, aqui, a toda evidência, as regras processuais atinentes à ação de desapropriação, porquanto, na aforada ação, se procura uma indenização em ação proposta por proprietário prejudicado pela ocupação levada a efeito por órgão público.

Com acuidade, já decidiu este colendo Tribunal (Ap. Cív. nº 77.439/4), no voto do em. Des. Paulo Gonçalves, que se destaca:

'Tratando-se de terreno em condomínio, como os próprios apelantes declararam ser, não tendo havido o registro da escritura de divisão amigável que fizeram, a propriedade de cada um continuava indefinida, e legitimado para a causa seria o condomínio, e jamais cada condômino isoladamente'...".

Destarte, já que não vejo razão alguma para alterar tal entendimento, tenho como perfeita esta parte da decisão de origem, que se ratifica.





Já o mesmo, a nosso sentir, não ocorre com relação aos requerentes cujos imóveis foram adquiridos após o início das obras da estrada que liga Andradas a Santa Rita de Caldas, com o devido respeito aos que sustentam ponto de vista diverso.

É que, pelo que noticiam os autos (fls. 18 e 19, 24 e 26), a transferência do domínio sobre ditos bens se deu em toda sua extensão, sem ressalva ou restrição alguma, sendo certo que pois assim dispõe o art. 527 do CC:

"O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário".

Assim, ante a ausência de reserva alguma nas transações imobiliárias em questão, os adquirentes se sub-rogaram nos direitos e ações dos alienantes, na forma da lei.

Daí sua legitimidade para a espécie, não se podendo falar, conseqüentemente, em carência de ação.

De resto, no que diz respeito a José Adib Lobo, Amélio Secco e Narciso Trevisan, sou de pensamento que os documentos de fls. 21, 34 e 43 falam, em tese, de seu interesse de agir na hipótese, sendo certo, ademais, que, segundo o laudo pericial carreado para os autos, parte dos imóveis de propriedade deles teria sido objeto de apossamento pelo recorrido (fls. 146/148, 163/165 e 171/173).

De mais a mais, no caso, a quantificação da faixa ocupada e seu respectivo valor poderiam inclusive ficar para a fase de execução, não sendo, portanto, requisito essencial da inicial a perfeita descrição dos imóveis em questão, com suas precisas dimensões, divisas e confrontações.

Vislumbra-se, desse modo, o interesse de agir dos postulantes/recorrentes ora enfocados.

Com estas razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, a fim de que, afastada a extinção do processo, sem julgamento de mérito, com relação a 1) Amâncio Colobardini e sua mulher; 2) Onofre Geraldo dos Reis; 3) Adenir de Oliveira; 4) José Adib Lobo e sua mulher; 5) Amélio Secco e sua mulher; e 6) Narciso Trevisan e sua mulher, seja, nessa parte, analisado e decidido o mérito da causa, como de direito.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Cláudio Costa e Campos Oliveira.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**TAXA DE ESGOTO - LEI MUNICIPAL INSTITUIDORA - CONSTITUCIONALIDADE - PREÇO PÚBLICO E TAXA - DISTINÇÃO - MEIOS PRÓPRIOS DE CUSTEIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - LEI TRIBUTÁRIA PRODUTORA DE EFEITOS CONCRETOS - MANDADO DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CONTRIBUINTE - SEGURANÇA DENEGADA - GERENTE DA COPASA - LITISCONSORTE NECESSÁRIO - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - PEDIDO - INSTRUÇÃO COM DOCUMENTOS NECESSÁRIOS - AUSÊNCIA - PROVIDÊNCIA TOMADA NA FASE DO ART. 284 DO CPC - INÉPCIA DA INICIAL - INEXISTÊNCIA**

**- Ainda que o pedido não venha instruído com os documentos necessários, não há que se falar em inépcia da inicial por instrução deficiente, se tal providência é tomada pelo autor na fase de emenda da petição a que alude o art. 284 do CPC, sem que venha a constituir nódoa capaz de macular o processo.**

**- É cabível mandado de segurança contra lei tributária produtora de efeitos concretos.**

**- O gerente da COPASA que esteja na função de agente arrecadador de taxa de esgoto, cuja cobrança se supõe seja inconstitucional, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação mandamental, como litisconsorte necessário, pois é a autoridade que diretamente pratica o ato impugnado considerado lesivo a direito do contribuinte, tendo a sua legitimidade passiva amparada no art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51.**

**- Diante da distinção entre taxa e preço público, que são meios próprios para o custeio de serviços públicos, prevalente há de ser a opção do Poder Público por um ou outro, pelo que a instituição e a cobrança de taxa de esgoto por lei municipal não constituem inconstitucionalidade ou ilegalidade, inexistindo, por isso, qualquer ameaça de violação de direito líquido e certo dos contribuintes, razão pela qual não se pode deferir a segurança pleiteada, ainda que em caráter preventivo.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 137.483/4 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Taxa de esgoto municipal - Cabimento da ação mandamental - Constitucionalidade da lei municipal - Distinção de preço público - Segurança improcedente. - 1. Cabível mandado de segurança contra lei tributária produtora de efeitos concretos. - 2. Diante da distinção entre taxa e preço publico, que são meios próprios para o custeio de serviços públicos, prevalente há de ser a opção do Poder Público por um ou outro.





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, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 01 de julho de 1999. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Aluízio Quintão* - A sentença do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, concedeu a segurança impetrada, em caráter preventivo, por Pedro Lucas Rodrigues, Euso José da Silva, Adilson Antônio de Sousa, Ivan Gomes Caetano e Ascendino César das Chagas contra o Prefeito Municipal de Patos de Minas e o Gerente Regional da COPASA sobre a cobrança de taxa de esgoto, com base na Lei Municipal nº 4.531/97.

Em regular apelação, os impetrados argüiram preliminares de inépcia da inicial, por instrução deficiente; de impropriedade da via mandamental para se questionar lei em tese; e ilegitimidade passiva do gerente da COPASA; no mérito, insistiram na alegada licitude da exigência do referido tributo.

Após a resposta dos apelados, a Promotoria de Justiça opinou pela confirmação da sentença, mas, nesta instância, pediu sua reforma a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Examino as três preliminares.

Primeiramente, o cabimento do mandado de segurança preventivo contra lei tributária.

Como bem asseverou HELY LOPES MEIRELLES (cf. *Mandado de Segurança...*, 19ª ed., Malheiros, 1998, p. 24), "*o mandado de segurança preventivo tem sido muito utilizado em matéria tributária, em especial para proteção contra a cobrança de tributos inconstitucionais. Embora não seja cabível o mandado de segurança contra lei em tese (Súmula nº 266 do STF), a edição de nova legislação sobre tributação traz em si a presunção de que a autoridade competente irá aplicá-la. Assim, a jurisprudência admite que o contribuinte, encontrando-se na hipótese de incidência tributária prevista na lei, impetre o mandado de segurança preventivo, pois há uma ameaça real e um justo receio de que o Fisco efetue a cobrança do tributo. Neste sentido há várias decisões do STJ, como no REsp nº 38.268/8-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, 19/9/94, p. 24.655; no REsp nº 18.424-CE, Rel. Min. Humberto*

*Gomes de Barros, RDR, 5/126; e no REsp nº 80.578-SP, Rel. Min. Luiz Pereira, RDR, 5/175*".

Não se trata aqui de questionamento de lei em tese, como bem sentenciado foi.

E não é demais reafirmar a possibilidade de a lei, especialmente a tributária, ter o dom de produzir efeitos concretos, resultando daí ameaça também concreta a direito do contribuinte, tal como é de entendimento precedente do STJ (*RSTJ*, 90/78, *apud* T. NEGRÃO, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 29ª ed., Saraiva, 1998, p. 1169).

Rejeito, pois, tal preliminar.

Em segundo lugar, a alegação de inépcia da inicial também não procede.

Conquanto válida a assertiva de que o pedido deveria vir instruído com os demonstrativos das contas de água de todos os impetrantes, como prova da exação tributária, providência esta só atendida após despacho judicial (fls. 72/73), infere-se que a emenda à inicial atendeu aos ditames do art. 284 do CPC, sem que viesse a constituir nódoa capaz de macular todo o processo. O que não cabe, em tais casos, é a dilação probatória, por perícia ou por testemunha e mesmo por documentos, fora da fase inicial ou oportunidade de emenda.

Rejeito também esta preliminar.

A sentença afastou, também, corretamente, a alegação de ilegitimidade passiva do gerente da COPASA.

Não há como negar, com efeito, a qualidade de litisconsorte passivo necessário para o Gerente Regional da COPASA, eis que inegável é seu papel de executor da cobrança, seja pelo convênio celebrado entre o Município de Patos de Minas e a COPASA, que lhe deu esta função de agente arrecadador (fls. 57/61), seja pelo fato de ter, efetivamente, agido em tal sentido (*RTFR*, 152/2710), ao noticiar débito aos usuários do serviço de abastecimento de água (fls. 250).

Ainda, sua legitimidade tem amparo no art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51, não sendo demais lembrar que:

"*Para fins de mandado de segurança (...), consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas, como, também, os praticados por administradores e representantes de autarquias e de entidades paraestatais e, ainda, os de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas, como são os concessionários de serviços de utilidade pública, no que concerne a essas funções (art. 1º, parágrafo 1º)*" (HELY LOPES MEIRELLES, *op cit.*, p. 31/32).

Outro não é o entendimento jurisprudencial a tal respeito:

"*Sendo o ato impugnado um mero lançamento tributário, a autoridade que diretamente pratica aquele ato, considerado lesivo a direito do contribuinte, é que deve responder ao mandado de segurança (...)*". (STJ - Segunda Turma, REsp nº 1.485-RJ, Rel. Min. Hélio Moismann, *DJU*, 8/4/91, p. 3.869, 2ª col., *apud* T. NEGRÃO, *ob. cit.*, p. 1.172.)

Fica rejeitada, igualmente, a terceira preliminar.

O mérito recursal destaca a polêmica que tem sugerido a tributação de serviços urbanos por diferentes taxas.

Ao comando maior constitucional, compete aos municípios "instituir e arrecadar os tributos de sua competência" (art. 30, II, da CF), entre os quais se inserem as taxas, instituíveis, "em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição" (art. 145, II, da CF).

Em linha subalterna, o Código Tributário Nacional dispõe, complementarmente, sobre tal competência tributária (arts. 6º e segs. da Lei nº 5.172/66 e suas adaptações subeqüentes) e identifica o fato gerador da taxa e disciplina sua base de cálculo (arts. 77, parágrafo único, e 78).

Cumpre, ainda, observar que, com tais coordenadas, a taxa se distingue do preço público e sua expressão tarifa, o qual, ao contrário daquela, esbarra no sistema jurídico de direito privado, não se sujeita às amarras constitucionais e se assenta na facultatividade de sua cobrança, podendo ser fixado diretamente por ato da própria autoridade administrativa, aproximando-se bem da área do preço privado.

Já a antiga Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal, em 1969, orientava, distinguindo:

"*Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu*".

É bem verdade que, a propósito do confronto entre a compulsoriedade da taxa e da facultatividade do preço público e na seqüência da polêmica doutrinária e jurisprudencial que ainda marca a matéria, acentuou um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que "a utilização obrigatória dos serviços de água e esgoto não implica que a respectiva remuneração tenha a natureza de taxa; aliás, os últimos precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal a reconheceram como preço público" (REsp nº 20.741-DF, 1996).

No entanto, mais recentemente, a Primeira Turma do mesmo STJ, no REsp nº 167.489-SP, da relatoria do Ministro José Delgado, concluiu:

"*O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando tem compulsoriedade*".

Assim, pois, perfeitamente

admissível é continuar-se cedendo reverências àquela distinção e até levá-la à consideração prática de que, ainda segundo também aresto do STF, "*o preço se converte em taxa, se a lei torna obrigatório o seu pagamento*" (RE nº 54.491, cit. por ALIOMAR BALEEIRO, em *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Forense, RJ, 1992, p. 330/331).

Destaca-se, assim, o aspecto da opção política do Poder Público, como bem observou BERNARDO RIBEIRO MORAES, isto é, "*qual o regime jurídico adotado pelo legislador para o custeio da atividade estatal, pois uma mesma atividade pode ser custeada tanto por preço público como por tributo*", lembrando o autor a lição do Ministro Victor Nunes Leal, no sentido de que "'*o problema fundamental não é dizer se é taxa ou não é taxa*', *mas sim* '*determinar de que natureza vai ser explorado determinado serviço*'. *O exame da lei ordinária é que determinará se estamos diante de um preço público ou de uma taxa*" (cf. *Doutrina e Prática das Taxas*, Ed. RT, 1997, p. 102/103).

E é claro que, então, se fazem também presentes aos serviços impostos aos cidadãos ou postos à sua disposição os atributos da especificidade e da divisibilidade, eis que os serviços tributados hão de ser dimensionados e usados *uti singuli*.

Com a percuciência de sempre, doutrinou HELY LOPES MEIRELLES, dizendo que "*a especificidade e a divisibilidade ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, como os de energia elétrica, água, esgotos, telefonia e coleta de lixo, que beneficiam, individualmente, o usuário e lhe são prestados, na medida de suas necessidades, ensejando a proporcionalidade da remuneração*" (cf. *Direito Municipal Brasileiro*, 8ª ed., p. 142).

Ora, no caso concreto, o Poder Público fez sua opção, e o legislador confirmou-a, através da Lei nº 4.531/97, que contém o Código Tributário Municipal de Patos de Minas, estabelecendo que:

"*a taxa de esgoto sanitário (...) tem como fato gerador a prestação do serviço de conservação do sistema de esgoto sanitário efetivamente prestado ou colocado à disposição...*" (art. 2º); como tal, ela "*será devida pelos proprietários e possuidores a qualquer título de imóveis identificados ou localizados em logradouros beneficiados por esses serviços*", isto é, segundo o art. 8º da lei e a cláusula sexta do convênio firmado entre o Município e a concessionária, a retribuição será daqueles usuários, "*cujos imóveis são abastecidos pela rede de água do sistema da COPASA/MG, desde que exista, também, a rede de esgoto sanitário à disposição...*"; ficou, assim, a carga tributária repartida segundo o critério "*do volume de efluentes lançados na rede coletora pelos imóveis beneficiados ou servidos*" (art. 3º); sua finalidade, com base no art. 6º, conforme acentuado foi nas informações, seria a de "*dotar a Prefeitura de recursos que permitam ampliações e melhorias necessárias na rede coletora de esgoto, bem como iniciar elaboração dos projetos da Estação de Tratamento de Esgotos, visando à preservação dos córregos, Rio Paranaíba*" (...), impondo-se como "*necessária para tanto a estrutura de arrecadação*", a qual, por exigência legal, é de ser "*aplicada exclusivamente em saneamento básico...*" (fls. 67).





Ora, a situação jurídica posta ao crivo do Judiciário se encaixa perfeitamente no figurino legal e nas coordenadas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo possível ver-se, *in casu*, a adequada instituição de uma taxa por serviço específico e divisível, com a conseqüente cobrança regular, não tendo havido sequer ofensa ao princípio do tratamento isonômico.

Em abono dessa visão estão, ainda, fatores de ordem sanitária inseridos no interesse da coletividade e no âmbito do direito/dever de cada cidadão.

Para tanto, existe a regra do art. 11 da Lei Federal nº 2.312, de 3/9/94 (Código Nacional de Saúde), segundo a qual "*é obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá o destino fixado pela autoridade competente*".

A propósito, já era da lição de HELY L. MEIRELLES que "*a remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública*" (ob. cit., p. 492), sendo que "os municípios, nos limites de sua competência institucional, são livres para impor as taxas que julgam necessárias ao exercício de seu poder de polícia (...) e à manutenção dos serviços específicos e divisíveis que prestarem ou colocarem à disposição dos munícipes, como os de abastecimento de água, *esgotos sanitários*, coleta domiciliar de lixo, eliminação de insetos e animais daninhos" (*idem et ibidem*, p. 200).

E pelo fato de estar envolvida na cobrança a COPASA, cabe lembrar a conclusão do X Simpósio Nacional de Direito Tributário no sentido de que, em tais casos, "*a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço*" (*RF*, v. 229, p. 40, 1987).

*Data venia* do entendimento do Juiz monocrático, a espécie não desenha, absolutamente, a configuração de inconstitucionalidade ou ilegalidade na instituição e na cobrança da taxa de esgoto questionada, não havendo qualquer ameaça de violação de direito líquido e certo dos impetrantes/apelados, por conseguinte, razão para se deferir a segurança pleiteada, ainda que em caráter preventivo.

Em tais termos, pois, reformo a sentença, em reexame necessário, e denego a segurança, ficando prejudicada a apelação do Município.

Custas, de lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herondes de Andrade e Hugo Bengtsson.

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

-:::-

**IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONTENCIOSO - AUTO DE INFRAÇÃO - IMPUGNAÇÃO - INDEFERIMENTO - DESCABIMENTO - PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CONTRIBUINTE - AMPLA DEFESA - ART. 5°, LV, DA CF - INTELIGÊNCIA**

**- Lavrado o auto de infração, o contribuinte tem direito líquido e certo de ver regularmente processada a impugnação administrativa tempestivamente por ele apresentada, sendo defeso à Administração Fazendária indeferi-la de plano, ainda que se trate de crédito tributário não contencioso declarado pelo próprio contribuinte, devendo ser instaurado o processo tributário administrativo, pois a ampla defesa prevista no art. 5°, LV, da CF, é assegurada, também, em processos administrativos.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 137.491/7 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Auto de infração - Impugnação - Direito do contribuinte ao processo tributário administrativo. - Lavrado o auto de infração, o contribuinte tem o direito de ver regularmente processada a impugnação administrativa tempestivamente por ele apresentada, instaurando-se o processo tributário administrativo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

*O Sr. Des. Aloysio Nogueira* -





Conheço do processo no reexame necessário, bem como do recurso voluntário.

Mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por TMA Transformação Mecânica de Aços Ltda. contra ato do Chefe da Administração Fazendária II, de Contagem, consubstanciado no indeferimento do processamento da impugnação apresentada contra o auto de infração lavrado pelo não-recolhimento de ICMS, em razão de ter a impetrante procedido à compensação tardia de créditos devidamente corrigidos, com o intuito de evitar a inscrição em dívida ativa.

A liminar foi deferida pela decisão de fls. 22 e transformada em definitiva pela sentença de fls. 43/44, que concedeu a segurança para determinar o processamento da impugnação administrativa.

Manifestou então a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais a apelação, na qual sustenta, em resumo, estar o procedimento fiscal chancelado pela lei e jurisprudência, que afastam a possibilidade de discussão administrativa sobre crédito tributário não contencioso, declarado pelo próprio contribuinte. Aduz equivocada a idéia de que "o contribuinte teria direito ao processo administrativo, em nosso sistema jurídico", eis que o processo administrativo não é uma imposição constitucional, e a CF, art. 5°, XXXV, assegura tão-somente o direito ao processo judicial, vedando ao legislador que exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em que pese ao empenho revelado pelo ilustre subscritor das razões recursais, o inconformismo não colhe êxito, afigurando-se incensurável a douta sentença reexaminada.

Como bem ressaltou o douto Julgador, Dr. Fernando Humberto dos Santos, o cerne da questão reside na existência ou não de direito líquido e certo da impetrante a um processo administrativo prévio, haja vista a apresentação de uma impugnação ao auto de infração, que legitimaria a inscrição na dívida ativa de crédito tributário, exatamente o que a impetrante buscou administrativamente evitar.

Consignou que: "Já se vai, há muito o tempo em que os poderes públicos de cima de seus altares negava defesa ao seu povo, e que suas decisões eram incontroversas e soberanas. (...) Ora, se houve a lavratura de um auto de infração e contra ele, logo em seguida, foi apresentada uma impugnação, formou-se um litígio administrativo, não cabendo o Sr. Chefe da Agência Fazendária simplesmente indeferir de plano a impugnação, sem sequer conhecê-la. Aliás a ampla defesa é assegurada inclusive em processos administrativos, inciso LV do Art. 5° da Constituição Federal" (*sic*) (fls. 43/44).

Há que se considerar que a Fazenda Pública, pela lavratura do auto de infração (indispensável à inscrição da dívida), promove o lançamento do ICMS, da multa moratória e de todos os acréscimos que entende devidos. Assim, perde ele o caráter de imposto

declarado e assume feições de crédito tributário constituído pelo Fisco, acarretando o direito de o contribuinte contra ele se insurgir e, via de conseqüência, tem o direito de ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário enquanto apreciada sua impugnação e recursos, bem como de ver suas razões apreciadas pelas autoridades administrativas superiores ao agente que praticou o ato impugnado.

Nessa linha de raciocínio, como salientado pelo Ministério Público, inegável o direito do contribuinte de tentar administrativamente se ver livre da inscrição da dívida, de eventual execução fiscal e dos conhecidos constrangimentos que daí adviriam, como os nefastos efeitos cadastrais da empresa, necessidade de segurança do juízo para embargos...

Destarte, outra não poderia ter sido a sentença que determinou o recebimento e regular processamento administrativo da impugnação da impetrante.

Pelo exposto, no reexame necessário, confirmo a r. sentença. Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. José Antônino Baía Borges* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Peço vista.

*Súmula* - PEDIU VISTA O DESEMBARGADOR VOGAL. O RELATOR E O REVISOR CONFIRMAVAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO E DAVAM POR PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Presidente* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 17/06/99, a pedido do Vogal, depois de votarem o Relator e o Revisor confirmando a sentença no reexame necessário e dando por prejudicado o apelo voluntário.

Com a palavra o Des. Monteiro de Barros.

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Tendo sido convocado na última sessão desta Câmara para participar do julgamento deste feito, como Vogal, pedi vista dos autos para uma melhor apreciação da matéria.

Conheço dos autos por força do duplo grau de jurisdição, bem assim pelo recurso voluntário.

Trata-se de mandado de segurança impetrado no juízo de primeiro grau por TMA Transformação Mecânica de Aços Ltda. contra ato do Chefe da Administração Fazendária II, de Contagem, consubstanciado no indeferimento do processamento da impugnação apresentada contra o auto de infração lavrado pelo não-recolhimento de ICMS.

Pretende a impetrante o processamento da impugnação administrativa apresentada pela mesma junto à Administração Fazendária.

Já a Fazenda Estadual, em seu recurso voluntário, defende o ato atacado, ao argumento de que inexiste a possibilidade de discussão administrativa sobre crédito tributário não contencioso, declarado pelo próprio contribuinte.

Razão não assiste à Fazenda Estadual.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 145, I, dispõe que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de "impugnação do sujeito passivo".

Na espécie, após a constituição do crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, procurou o contribuinte, através da impugnação, apurar a realidade dos fatos, buscando demonstrar qual o seu débito para com o Fisco, exercendo, assim, direito que lhe é conferido pelo dispositivo supramencionado.

Também a jurisprudência vem caminhando no sentido de que "o ato administrativo que se quer impedir (auto de infração) não produz quaisquer efeitos até o julgamento da impugnação que pode ser oposta pelo contribuinte independentemente de qualquer limitação, salvo a de prazo" (REsp nº 144766-CE - *DJU*, 01/06/1998, p. 00065).

Ante o exposto, acompanho o em. Relator para confirmar a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME, E DERAM POR PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**INVENTÁRIO - CASAMENTO - REGIME DE BENS - IRREVOGABILIDADE - COMUNHÃO PARCIAL - CONVENÇÃO - AUSÊNCIA - ART. 258 DO CÓDIGO CIVIL - APLICABILIDADE - PARTILHA - NULIDADE - PACTO NUPCIAL - DECRETAÇÃO DE NULIDADE - PEDIDO ORIGINÁRIO - INSTÂNCIA RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE**

**- A sentença homologatória de partilha realizada nos autos de inventário deve ser anulada quando ficar caracterizado que o inventariante se casou pelo regime da comunhão parcial de bens e, posteriormente, celebrou escritura de pacto nupcial modificando o regime ao qual se submeteu, contrariando o disposto no art. 230 do Código Civil.**

**- A lei civil veda expressamente a mudança do regime de bens adotado à época do matrimônio, e, à míngua de convenção ou sendo nula, vigorará o regime da comunhão parcial de bens, consoante estabelece o art. 258 do Código Civil.**

**- Não se conhece de pedido de decretação de nulidade de pacto nupcial formulado originariamente em fase recursal sob pena de se suprimir um dos graus de jurisdição e de se inverter a hierarquia das instâncias julgadoras.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 139.657/1 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Civil - Inventário - Regime de bens - Comunhão parcial - Partilha - Nulidade. - A sentença homologatória de partilha realizada nos autos de inventário deve ser anulada, quando ficar caracterizado que a viúva/inventariante se casou pelo regime da comunhão parcial de bens e, posteriormente, celebrou escritura de pacto nupcial modificando o regime ao qual se submeteu, contrariando o disposto no art. 230 do Código 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Conheço do recurso, porque tempestivo e preparado.

A sentença recorrida julgou a partilha realizada nos autos do inventário dos bens deixados por José Benício de Lima.

O Promotor de Justiça pede a reforma da sentença argumentando que a apelada postulou a abertura do inventário dos bens deixados por seu falecido marido e juntou aos autos a certidão de casamento de fl. 17-TJ, informando que o matrimônio foi celebrado em 23/09/1978 sob o regime da comunhão de bens. Sustenta que as primeiras declarações foram prestadas de forma equivocada, uma vez que a apelada não era meeira do seu ex-cônjuge, visto que vigorava entre o casal o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o estabelecido no art. 258 do Código Civil. Aduz que o pacto antenupcial celebrado pelo casal, no qual foi convencionado o regime de comunhão universal de bens, não é válido, uma vez realizado sete anos após o casamento, não tendo sido observado o disposto no art. 256 do Código Civil. Diz que a lei veda a mudança do regime de bens adotado à época do casamento. Afirma que não se incluem na comunhão os bens adquiridos antes da constância do matrimônio, consistentes em uma fazenda e 50% de um imóvel residencial situado em Brasília, DF, os quais foram adquiridos, respectivamente, em 30/03/65 e 21/02/75, antes do casamento.





Como o casamento foi celebrado em 30/09/78, sob o regime da comunhão de bens, aplica-se ao caso o disposto no art. 258 do Código Civil, o qual estabelece que, não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. A habilitação para o casamento foi efetuada em 10/09/78, também após a edição da Lei nº 6.515/77.

As alegações constantes das contra-razões, assimiladas pelo parecer do douto Procurador de Justiça, de que a intenção dos nubentes era se submeter ao regime da comunhão universal de bens, tanto que vieram a celebrar posteriormente escritura pública na qual foi convencionado o mencionado regime da comunhão universal, não podem prevalecer, ante o disposto no art. 230 do Código Civil, que impõe a irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges.

CLÓVIS ensinou que a irrevogabilidade do regime se funda em duas razões: o interesse dos cônjuges e o de terceiros. O interesse dos cônjuges, porque, depois de casados, um poderia abusar da fraqueza do outro, e obter modificações em seu proveito exclusivo. O interesse de terceiros, porque os cônjuges poderiam combinar-se, e, por um determinado regime, subtrair bens à ação dos credores, que com eles tivessem contado, no momento de contratar. A estabilidade do regime é uma expressão da boa-fé e uma garantia para os que tratam com os cônjuges. (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Bevilacqua*, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975, p. 582.)

O pedido de decretação de nulidade do pacto nupcial celebrado não pode ser conhecido, de maneira originária, por este Tribunal, sob pena de se suprimir um dos graus de jurisdição e de se inverter a hierarquia das instâncias julgadoras.

Dou provimento à apelação para anular a partilha levada a efeito, ordenando que outra seja realizada, com a recomendação de que o Juiz aprecie expressamente a legalidade do pacto nupcial celebrado e observe o regime de bens adotado quando da celebração do casamento, bem como a ordem sucessória prevista no art. 1.603 do Código Civil.

Custas, pela recorrida.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi e Corrêa de Marins.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO - ART. 37, § 6º, DA CF - APLICAÇÃO - PRISÃO INJUSTA - DANO MATERIAL E MORAL - NEXO DE CAUSALIDADE - INDENIZAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INÉPCIA DA INICIAL - AUSÊNCIA**

**- Não se decreta inépcia da inicial se inteligível a peça e os fatos nela narrados permitem ao juiz avaliar perfeitamente o pedido.**

**- O serviço público judiciário integra o serviço público do Estado, sendo pois inafastável a legitimidade passiva do mesmo para as ações de responsabilidade civil decorrentes de falha no funcionamento daquele.**

**- Comprovado o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o referido dano e a atuação estatal, afastada está a impossibilidade jurídica do pedido de indenização.**

**- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais pátrios a partir da Carta Política de 1946 confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão, fazendo emergir da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima do Estado o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta de serviço público.**

**- Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distinguindo-se dos demais apenas pela função jurisdicional que realiza, não estando acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar, a ele se aplica a norma do art. 37, § 6º, da Carta Magna. Não sendo prestados com eficiência e eficácia os serviços judiciários, tal fato implica a responsabilização do Estado pelos danos ocasionados à parte, decorrentes de seu mau funcionamento.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 139.720/7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MONTEIRO DE BARROS

Ementa oficial: Responsabilidade civil do Estado - Inépcia da inicial e carência de ação - Preliminares rejeitadas - Indenização - Falha de funcionamento do aparelho estatal - Teoria do risco administrativo - Dano material e dano moral - Ocorrência - Sentença confirmada.





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 AS PRELIMINARES E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Monteiro de Barros* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Monteiro de Barros* - Conheço dos autos por força do duplo grau de jurisdição, bem assim do recurso voluntário.

Trata-se de ação ordinária de indenização ajuizada por Nerivaldo Mendes de Jesus, em face do Estado de Minas Gerais, julgada parcialmente procedente.

Irresignado com a decisão proferida, recorreu o Estado argüindo, preliminarmente, a inépcia da inicial e a carência da ação por entender que o Estado não possui legitimidade passiva e, ainda, por entender ser o pedido juridicamente impossível. Quanto ao mérito, alega que em caso como o dos autos o Estado só responde por ato de seus funcionários quando estes tiverem agido com dolo ou culpa.

De início, rejeito a preliminar de inépcia da inicial.

A inépcia da inicial ocorre quando a inicial é ininteligível, o que certamente não é o caso dos autos. O fato narrado na inicial permite ao juiz avaliar perfeitamente o pedido.

Rejeito também a preliminar de carência de ação, eis que se encontram presentes nos autos todos os pressupostos processuais, como veremos a seguir.

Fundada em prisão injusta, provocada por deficiência na Administração Pública, a demanda *sub judice* não se relaciona a ato ilícito cometido por juiz no exercício da função jurisdicional, de sorte a responsabilizá-lo civilmente de forma pessoal e direta, nos termos do artigo 133 do CPC. Pode-se considerar, porém, que a demanda tem em conta, *lato sensu*, o erro judiciário.

A par disso, de há muito se consagrou em nosso direito constitucional a responsabilidade do Estado por ato de seus agentes, que nessa qualidade causarem danos a terceiros, "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (CF, art. 37, § 6º).

É de se observar também que não pode prevalecer a alegação de que os magistrados não são funcionários públicos. Ora, como bem ensina Di Pietro: "Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal desta categoria funcional. Ainda que entendesse

ser ele agente político, seria abrangido pela norma do art. 37, § 6º, da CF, que emprega precisamente o vocábulo agente para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado".

De uma forma mais incisiva, argúi Adauto Alonso S. Suanes: "E, se o agente dessa má atuação for um oficial de justiça, ou escrevente, ou um juiz de direito, qual a diferença ontológica que justificaria a ação de regresso contra os primeiros e a imunidade do último? Evidentemente, somente uma visão medieval da pessoa do juiz, em ente acima do bem e do mal, como o *jus vitae necisque,* que a laicização da sociedade não pode permitir" (*RT*, 746/132).

Ademais cabe ressaltar que não estamos diante de um caso de responsabilidade civil do Estado por ato judicial *stricto sensu*, mas de responsabilidade civil do Estado decorrente de falha no funcionamento do aparelho estatal.

Inafastável, por isso, a legitimidade passiva do Estado, pois o serviço público judiciário integra o serviço público do Estado.

Também não se pode falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o autor comprovou o dano material e moral ocasionado por falha do serviço estatal. Assim, tendo comprovado o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o referido dano e a atuação estatal, está afastada a impossibilidade jurídica do pedido.

Inquestionável, também, a legitimidade ativa do autor, pelos mesmos fundamentos acima expostos.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao Estado.

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima do Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Quanto ao caso específico dos autos, em que se trata de falha cometida pelo serviço judiciário, importante ressaltar que, em determinado momento histórico, o Estado avocou para si o monopólio da Justiça, vedando ao particular fazê-la de mão própria. Dessa forma, os conflitos são resolvidos coletivamente pelo Estado-juiz, mediante provocação da tutela jurisdicional.

De contrapartida, os serviços judiciários devem ser prestados com eficiência e eficácia, sob pena de se responsabilizar o Estado pelos danos decorrentes de seu mau funcionamento.





Este é o caso dos autos, em que, por mau funcionamento do Poder Público, o autor foi preso sem determinação judicial nesse sentido, o que lhe causou prejuízos materiais e morais, conforme sobejamente comprovado nos autos.

Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distingue-se dos demais tão-somente pela função jurisdicional que realiza. Porém, não significa, como quer fazer entender o apelante, que esteja acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar. Assim, aos serviços judiciários também se aplica a norma do artigo 37, § 6º, da Carta Magna.

Dessa forma decidiu acertadamente o MM. Juiz de primeiro grau ao condenar o Estado a indenizar o autor no montante de R$3.000,00 (três mil reais), incluídos nesse valor os danos materiais e morais, valor esse corretamente arbitrado.

Por força do duplo grau de jurisdição, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Schalcher Ventura.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS A TERCEIRO - LIMITAÇÕES PARA O TRABALHO - OCORRÊNCIA - INDENIZAÇÃO - ARTIGO 37, § 6º, CR - APLICABILIDADE - DANOS ESTÉTICOS E MORAIS - PEQUENA MONTA - REDUÇÃO - LUCROS CESSANTES - APURAÇÃO - LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS**

**- O Estado responde objetivamente pelos danos patrimoniais, estéticos e morais ocasionados ao particular por ação de agentes policiais que, no exercício da função, agem com acentuado grau de imprudência, negligência e imperícia, com o que incide a hipótese prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição da República.**

**- Ainda que se admita que o lesado não tenha ficado totalmente incapacitado para o trabalho, mas tendo sofrido limitações para tanto, deve por elas ser indenizado.**

**- Devidamente comprovados, mas sendo de pouca monta os danos estéticos e morais, impõe-se a redução do somatório das respectivas indenizações, quando superestimadas.**

**- A apuração dos lucros cessantes deve ser realizada via liquidação de sentença por artigos.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 139.984/9 - Comarca de Santa Rita de Caldas - Relator: Des. HERONDES DE ANDRADE

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Ação policial danosa - Meios empregados - Ilicitude - Responsabilidade do Estado - Incidência prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. - Conduzindo-se os agentes policiais de forma a fugir das regras básicas de conduta e sem as cautelas recomendadas pela função que exercem, a ponto de, por isso, causarem danos a motorista perseguido, responde o Estado objetivamente pelos danos que estes causarem ao patrimônio da vítima, quer materiais, estéticos ou morais.

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 EM PARTE, EM REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 1999. - *Herondes de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Herondes de Andrade* - Cuida-se de ação de indenização ajuizada, com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por Maurílio Nilton Dias contra o Estado de Minas Gerais, julgada procedente, por ter entendido o douto Magistrado *a quo* existente e comprovado o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo agente público, nesta condição, contra o autor, e os danos por este alegados, desse modo condenando o réu a:

a) por danos materiais, pensioná-lo com um (1) salário mínimo, a partir da citação e até que complete 65 anos;

b) por danos estéticos, cem (100) salários mínimos;

c) por danos morais, outros cem (100) salários mínimos; e

d) por lucros cessantes, o que se apurar em liquidação de sentença, por artigos.

Irresignado, apelou o Estado de Minas Gerais, alegando, em síntese:

a) que as lesões sofridas por Maurílio Dias decorrem de ato próprio dele, sem que houvesse, *verbis*: "conduta comissiva ou omissiva de qualquer agente estadual"; e que: "foi o próprio recorrido quem deu causa ao evento, quando não parou na *blitz* rotineira da Polícia Militar nem mesmo após ser perseguido";

b) que, na pior das hipóteses, haveria culpa concorrente do recorrido, a ser considerada para a fixação da indenização;

c) ausência de provas da incapacidade laboral total do autor, dos danos e dos prejuízos alegados, além de não ser indenizável o dano moral puro.





Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário.

Dessume-se da leitura dos autos que dois fatos estão cabalmente comprovados nos autos:

1 - não havia nenhuma *blitz* de trânsito montada pela Polícia Militar, da qual teria "fugido" o autor, deixando de atender a ordem de parar, e

2 - finda a perseguição, então a ele encetada, estando os veículos, perseguido e perseguidor, parados, sem nenhum motivo concreto o autor foi atingido por um tiro de revólver na mão esquerda.

Ora, se não havia uma *blitz* de trânsito da qual pudesse ter "fugido" o autor, por qual motivo foi ele perseguido e baleado pela Polícia?

Em suas explicações e justificativas não se harmonizaram os perseguidores em seus depoimentos prestados em Juízo.

*José Carlos de Oliveira*, cabo PM, após declarar que "participou da diligência que resultou nos fatos narrados na inicial", desse modo confirmando-os, acrescentou:

"que na noite dos fatos o depoente encontrava-se de serviço e efetuando diligência, em companhia de seus companheiros da PM, em uma estrada vicinal no município de Santa Rita, ocasião em que *o autor passou no local, conduzindo uma Brasília, em alta velocidade*";

que, *tendo suspeitado do autor*, recebeu ordens para seguir ao seu encalço.

E mais adiante: "que o depoente e seus companheiros continuaram na *perseguição do autor* ..." (grifos meus).

Por esse depoimento fica claro que o cabo Oliveira sabia, desde o início, a quem ele e seus companheiros, perseguiam.

E o sabia tão bem que declarou expressamente: "que a Brasília que estava sendo conduzida pelo autor costumava ser por ele usada...".

Então, se sabiam de quem se tratava, por que o perseguiram? Teria sido suficiente que o tivessem seguido, já que dele haviam suspeitado que estivesse transportando drogas, dado que investigavam uma denúncia anônima segundo a qual, naquela noite, seria feita uma entrega de grande quantidade dela na cidade por alguém que estaria dirigindo uma Brasília de cor clara.

*Sílvio Cezar Oliveira Diogo*, soldado PM, à sua vez, declarou:

"que *conhecia o autor* antes dos fatos ... e sabia que ele era motorista de seu pai, *mas* que em toda perseguição *não reconheceu o autor como sendo o condutor do veículo*..." (grifei).

*José Felix*, soldado PM, após confirmar que participou dos fatos, declarou:

"que após o veículo Brasília ter sido parado pelo disparo no pneu efetuado por Diogo, seu condutor abaixou-se... e levantou-se subitamente colocando a mão para fora, sendo que *pensou estar o mesmo armado* e *efetuou um disparo que acertou em sua mão*".

José Felix foi capaz de ver a mão do autor sendo colocada para fora do veículo (mesmo estando o local envolto na escuridão, conforme declararam o cabo Oliveira e o soldado Diogo), mas, *por pensar* que estivesse armado, contra ele disparou um tiro.

Não há negar, agiram os policiais militares, no exercício de suas funções, com o mais absoluto amadorismo, com total imprudência, negligência e imperícia.

Jamais poderiam ter *apagado* os faróis da viatura policial para, na escuridão, proceder à abordagem de um suspeito. E, muito menos ainda, só porque *pensou* um deles que o suspeito estivesse armado, muito embora pudesse lhe ter visto a mão, no escuro, correndo o risco de tirar-lhe a vida, contra ele atirar de revólver.

Ao Promotor de Justiça que subscreveu a manifestação de fls. 223/229-TJ, após confirmar que "não estava havendo nenhum comando de trânsito, a chamada *blitz* afirmada pelo apelante", pareceu que, pelas circunstâncias em que a perseguição se fez, "a ação dos policiais foi ilegítima, irresponsável e criminosa".

Desse modo, resulta absurda a primeira alegação do apelante, definitivamente inaceitável, não havendo também que se falar em culpa concorrente do recorrido, totalmente inexistente.

Agiram os policiais militares, na qualidade de agentes estaduais, com imprudência, negligência e imperícia acentuadas, causando desnecessários e injustos danos ao particular.

Irrecusavelmente, incide na espécie a hipótese prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

O Estado responde objetivamente pelos danos sofridos pelo autor, decorrentes da desastrada ação dos agentes policiais.

*In casu*, o autor, ora apelado, alegou ter sofrido danos patrimoniais, estéticos e morais, todos eles reconhecidos pela sentença de primeiro grau, com absoluto acerto.

Em relação aos primeiros, ainda que se possa admitir que o autor não tenha ficado totalmente incapacitado para o trabalho, é certo que sofreu limitações, e por elas deve ser indenizado.

A pensão arbitrada em um salário mínimo ficou de bom tamanho, devendo os lucros cessantes, conforme determinado no *decisum a quo*, ser apurados em liquidação de sentença, por artigos.





Com referência aos danos estéticos e morais, no entanto, sem embargo de não terem sido descritos com a conveniência desejada, foram confirmados pelo médico/perito judicial, que constatou deformidade na mão esquerda e no ombro direito e um "certo constrangimento" (receio) do autor quanto à sua aparência, caracterizador do dano moral, ambos de pouca monta, com se vê, razão pela qual, apenas no tocante aos valores das indenizações deles compensatórias, estou que assiste razão ao apelante, pois, indiscutivelmente, foram de fato superestimados, impondo-se a sua redução, o que faço para reduzir a soma de ambas para 50 (cinqüenta) salários mínimos, mantida, em tudo o mais, a sentença de primeiro grau.

Diante do exposto, no reexame necessário, reformo em parte a sentença e reduzo o somatório das indenizações pelos danos estéticos e morais de 200 (duzentos) para 50 (cinqüenta) salários mínimos, ficando em tudo o mais, repita-se, mantida a decisão monocrática, ressalvando apenas que os honorários ficam fixados em R$2.000,00 (dois mil reais).

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Hugo Bengtsson e Cláudio Costa.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - CHUVA TORRENCIAL - ESCOAMENTO DA ÁGUA - NÃO-REALIZAÇÃO - ENCHENTE - MORTE DE PARTICULAR POR AFOGAMENTO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - FIXAÇÃO DO *QUANTUM***

**- O município responde pelo pagamento de indenização por danos morais conseqüentes da morte de particular por afogamento, em decorrência de enchente provocada por chuvas torrenciais, quando restar demonstrado nos autos que a municipalidade não realizou as obras necessárias para proporcionar o regular escoamento das águas pluviais, especialmente no caso de ficar provado que outros acidentes do mesmo tipo já haviam acontecido no local, sem que fossem tomadas as providências pela Prefeitura para se evitarem novas ocorrências, eis que a Administração responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exige diligência a seu cargo.**

**- Em se tratando de perda de esposa e mãe, em virtude de nefasto acidente, o dano moral é configurado, porque decorrente de parentesco.**

**- Os danos morais são indenizáveis independentemente dos danos materiais, a teor do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.**

**- Na fixação do *quantum* devido a título de dano moral, devem-se considerar as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas, não se podendo olvidar a repercussão na esfera dos lesados e o potencial econômico-social do lesante.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 140.061/3 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Indenização - Enchente - Chuva torrencial - Escoamento de água - Não-realização - Responsabilidade do município - Danos morais - Fixação. - O município responde pelo pagamento de indenização por danos morais, conseqüentes da morte de moradora por afogamento, quando restar demonstrado nos autos que a municipalidade não realizou as obras necessárias para proporcionar o regular escoamento das águas pluviais, especialmente no caso de ficar provado que outros acidentes do mesmo tipo já haviam acontecido no local, sem que fossem tomadas providências técnicas pela prefeitura para se evitarem novas ocorrências. Na fixação do *quantum* devido a título de dano moral, devem-se considerar as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas, não se podendo olvidar a repercussão na esfera dos lesados e o potencial econômico-social do lesante.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO PRINCIPAL, NEGANDO PROVIMENTO AOS RECURSOS ADESIVOS.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Conheço da remessa necessária, por força do disposto no art. 475, II, do Código de Processo Civil, bem como dos recursos voluntários, porque tempestivos e dispensados de preparo.

A sentença apelada julgou procedente o pedido inicial da ação de indenização ajuizada pelos recorrentes-adesivos, com o escopo de serem ressarcidos dos danos morais sofridos em conseqüência da morte de Maria Placidina de Souza, ex-mulher do apelante-adesivo José Alves de Souza e genitora dos demais recorrentes-adesivos, a qual veio a falecer por afogamento durante uma enchente que houve no Município-apelante, porque foi arrastada por uma enxurrada ocorrida em avenida e levada até o rio próximo.





O segundo apelante pede a reforma do decisório sustentando que não responde pelas conseqüências do acidente, uma vez que decorrente de caso fortuito e força maior, nos termos do art. 1.058 do Código Civil. Aduz que a avenida em que se deu o arrastamento da falecida, pela enxurrada, é dotada de galerias para o recebimento das águas pluviais; porém, as "bocas de lobo" ali instaladas foram obstruídas pelos próprios moradores, que jogaram lixo no local. Argumenta que a ocorrência de chuva fora dos parâmetros da normalidade o exime de pagar indenização pelos estragos causados pelo evento da natureza. Afirma que o sinistro se deu por culpa exclusiva da vítima, que tentou realizar a travessia da avenida, mesmo percebendo que ela estava integralmente tomada pela enxurrada provocada pela chuva torrencial que caía. Diz que houve, no mínimo, caracterização de culpa concorrente, e requer, ainda, a redução da indenização arbitrada, que reputa milionária.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"*Caso fortuito: é o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Caso fortuito é, p. ex., um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra; ou outro qualquer fato, com as mesmas características de imprevisibilidade e inevitabilidade, que venha a impossibilitar totalmente a execução do contrato ou retardar seu andamento, sem culpa de qualquer das partes.*

*O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito são, pois, a imprevisibilidade (e não a imprevisão das partes), a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato. Evento imprevisível, mas evitável, ou imprevisível e inevitável, mas superável quanto aos efeitos incidentes sobre a execução do contrato, não constitui caso fortuito nem força maior, cujos conceitos, no Direito Público, são os mesmos do Direito Privado*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 221/222).

A prova produzida nestes autos é de que, em dias de chuva, era comum a ocorrência de uma forte enxurrada na avenida em que a falecida veio a ser arrastada para o rio, o que causou a sua morte por afogamento. Tratando-se de fato previsível, não se há de falar em caso fortuito.

Maria Baltazar da Silva Martins declarou em Juízo (fls. 69/71-TJ) que "*com a pavimentação a situação melhorou, mas como há uma inclinação à direita de quem desce, os moradores sofrem mais os efeitos da chuva, isto porque forma-se uma correnteza na qual a água sobe a calçada e chega a*

*entrar na varanda das casas, como é o caso da residência da depoente; que ao ser pavimentada a avenida Minas Gerais também ganhou galeria para recebimento das águas pluviais, mas as 'bocas de lobos' instaladas não atendem a demanda em dias de chuva forte, além de sempre estarem obstruídas de lixos jogados na rua pelos próprios moradores; que não há manutenção satisfatória na rede de água pluvial*" (...) "*que após o acidente a depoente encabeçou um abaixo assinado endereçado ao Prefeito local solicitando providências e acabou sendo recebida pelo Vice-Prefeito que comprometeu-se a instalar trinta e cinco (35) 'bocas de lobo' na parte mais acima da avenida Minas Gerais*" (...) "*que no mesmo local já ocorreu um outro acidente fatal, pelas mesmas razões; sito depois do asfalto; que a depoente não tem certeza, mas acha que o acidente com o menino foi posterior ao caso destes autos*" (*sic*).

Lúcia Maria Marques de Moura, confirmando o depoimento antes transcrito, afirmou (fl. 72-TJ) que a avenida Minas Gerais dispõe de bueiros para a captação das águas pluviais: "*que depois que a avenida foi asfaltada não há problema quando a chuva é fraca, mas quando a chuva é forte fica perigoso, isto porque a rua enche como um rio; que a avenida Minas Gerais tem acentuado declive; que um menino, isto depois do asfalto, foi levado pela enxurrada da chuva naquela avenida*" (*sic*).

Vê-se que, em dias de forte chuva, era comum a ocorrência de forte enxurrada na Avenida Minas Gerais, não tendo a Municipalidade realizado as obras necessárias para assegurar a vida dos moradores do local.

Penso que, *in casu*, não se pode considerar que houve culpa recíproca, em virtude de a falecida ter tentado atravessar a avenida em que foi arrastada pela enxurrada.

A vítima era sexagenária, conforme se vê da certidão de óbito de fl. 21-TJ, e andava com dificuldade, em virtude de ter quebrado o seu pé há poucos dias, de acordo com o relato da testemunha de fls. 69/71-TJ. Estava no canteiro central da avenida, carregando uma pesada sacola, quando foi pega pela chuva com maior intensidade. Ora, uma pessoa idosa, nas condições da falecida, não teria muitas possibilidades para evitar a tragédia que lhe acometeu. Corrobora a assertiva anterior a afirmação constante do depoimento de fl. 70-TJ, de que um dos três bombeiros que tentaram resgatar a extinta foi arrastado pelas águas. Se até mesmo um soldado bombeiro da ativa não conseguiu se livrar dos efeitos da enxurrada, como se poderia exigir da falecida um comportamento apto a impedir a ocorrência do sinistro? A ocorrência da enxurrada, isoladamente, teve a eficácia de causar o sinistro que ceifou a vida da vítima.

Estabelece o art. 182, *caput*, da Constituição da República, que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.





É pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a Administração Pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia diligência a seu cargo.

Como anota MIGUEL SEABRA FAGUNDES: "Quando a inércia da Administração acarreta prejuízo ponderável para o administrado, dá lugar à reparação. ("Responsabilidade do Estado - Indenização por Retardada Decisão Administrativa", Parecer na *RDP*, Ano XIV, nºs 57-58, p. 13, *in Responsabilidade Civil*, RUI STOCO, RT, 1994, p. 320.)

No caso, a prova dos autos indica que o Município deixou de realizar a manutenção e a reparação da rede pluvial no local onde ocorreu o acidente, caracterizando a responsabilidade do ente público.

Restou demonstrada nos autos a relação de causa e efeito entre a falta dos bueiros e "bocas de lobo", para proporcionar o correto escoamento das águas da chuva, e o acidente que causou a morte da ex-mulher do apelante-adesivo José Alves de Souza e genitora dos demais recorrentes-adesivos.

A omissão do réu, consistente na falta de realização das obras necessárias para permitir a descarga das águas pluviais, ou seja, a ausência de ação de sua parte, quando devia agir, ou mesmo a insuficiência de uma eventual atuação, estabelece a sua culpa e a obrigação de reparar o dano.

Decidiu o Pretório Excelso:

"*Responsabilidade civil. Culpa anônima do serviço público. - Não viola a Constituição Federal, nem nega vigência ao Código Civil o acórdão que condena Município a indenizar prejuízos sofridos por particulares em conseqüência do transbordamento das águas de rio em virtude de chuvas torrenciais, que, apesar de registradas no passado, não foram objeto de cautelas técnicas da Prefeitura, a fim de aumentar-lhe a capacidade de descarga. Culpa anônima do serviço público. Precedentes*". (Agravo de Instrumento nº 58.561-SP, Relator o Exmo. Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, j. em 23/10/73, *RTJ*, 70/704.)

Decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*Responsabilidade civil do Estado. Inundação de casa decorrente de forte aguaceiro. Falta de conservação de bueiros e galerias. Indenização devida pela Prefeitura Municipal. - Tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes nos tribunais já assentaram que o Poder Público deve responder pelos danos sofridos pelos particulares, em razão do mau funcionamento dos serviços públicos*". (TJSP, Terceira Câmara, Rel. Des. Ferreira de Oliveira, j. em 26/5/77, *RT*, 510/76, cf. RUI STOCO, *op. cit.*, p. 331.)

Em se tratando de perda de esposa e mãe, em virtude de nefasto acidente, o dano moral é configurado, porque decorrente de afeição de parentesco.

Na referência feita pelo eminente Ministro Ilmar Galvão (REsp nº 3.604-SP), trata-se do "*profundo sentimento de tristeza causada por desgostos e sofrimentos*", que cabem no sentido abrangente da expressão "*luto de família*", expressamente consignada na parte final do inciso I do art. 1.537 do Código Civil. (*Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 3, p. 533/541.)

CLOVIS ensina que, estabelecendo as bases da indenização no caso de homicídio, o Código Civil não atendeu ao dano moral, que considera em outros casos, por não haver elementos seguros para a apreciação deste dano, que varia consideravelmente segundo as hipóteses. Diz que, para a exata avaliação do ressarcimento devido pelo homicídio, é necessário considerá-lo econômica e moralmente, citando precedente da Corte de Apelação de Ancona. Conclui o autor do anteprojeto do Código Civil:

"Mas os fatores de felicidade e bem-estar não somente são aqui inapreciáveis, como escapam a uma regulamentação. E ou deixaremos ao arbítrio do juiz a determinação de cada caso, ou nos limitaremos ao dano material. O Código Civil Brasileiro seguiu este último caminho". (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clovis Bevilaqua*, edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 687.)

A civilista Maria Helena Diniz, em entrevista publicada na *Revista Literária de Direito* número 09, referente aos meses de janeiro/fevereiro de 1996, p. 7/14, doutrina que, na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Leciona que, na reparação do dano moral, o juiz determina por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. Afirma que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento. Afirma que fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e lesados, e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional.

O renomado civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ensina que na reparação do dano moral estão conjugados dois motivos ou duas causas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido "no fato" de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. Conclui o civilista afirmando que:

"Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização" (*Da Responsabilidade Civil*, 5ª edição, revista e atualizada, Forense, Rio, 1994, p. 317 e 318).

O conceituado professor CAIO MÁRIO faz ampla alusão aos anteprojetos que procuraram atualizar o Código Civil e sublinha que a reparação deve ser moderadamente arbitrada (art. 181 do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941); ou "o juiz arbitrará moderada e eqüitativamente a indenização" (art. 879 do Projeto do Código de Obrigações de 1965), embora o Projeto do Código Civil de 1975 (Projeto 634-B), abrangendo no conceito amplo do ato ilícito o dano ainda que exclusivamente moral (art. 186), não cogita de sua limitação nem recomenda seja moderado o ressarcimento.

CAIO MÁRIO sustenta que, se é certo que a indenização não pode ter o objetivo do enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser eqüitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (*op. cit.*, p. 318).

Trata-se de pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (MAZEAUD & MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, v. I, nº 419).

Ensina CARLOS ALBERTO BITTAR que, na fixação do *quantum* devido, a título de dano moral, deve o julgador atentar para: a) as condições das partes; b) a gravidade da lesão e sua repercussão; e c) as circunstâncias fáticas. Afirma ainda que lhe parece de bom alvitre analisar-se primeiro: a) a repercussão na esfera do lesado; depois, b) o potencial econômico-social do lesante; e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro. ("Reparação Civil por Danos Morais: A Fixação do Valor da Indenização", *Revista de Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 147, set./out. 1994, p. 11.)

Diz ainda o mencionado autor que os tribunais têm-se valido de vários critérios para a fixação da indeni-

zação, como, por exemplo, os limites traçados pela Lei de Imprensa, que toma como base para o montante da indenização uma determinada quantidade de salários mínimos, os quais são exacerbados pelos tribunais, e, mesmo, ultrapassados, porque não se trata de um critério absoluto (como na Apelação Cível nº 128.859/1, TJSP, Quarta Câmara Cível), inclusive como vem acontecendo no plano da defesa do consumidor (cujo código prevê, de modo explícito, a reparação de danos de ordem moral, especialmente ao longo do art. 6º); a triplicação de verbas fixadas como honorários na prática negocial; duplicação do valor dos prejuízos patrimoniais (como na Apelação Cível nº 560.637/5, 1º TAC, Quarta Câmara), valores de contratos multiplicados por fatores próprios, e assim por diante (*op. cit.*, p. 12).

A vítima era pessoa de condição social simples, assim como os recorrentes-adesivos, tanto que estes demandam amparados pelo pálio da justiça gratuita. O Município é ente político que possui capacidade financeira para suportar a condenação que lhe for imposta, não se podendo olvidar a natureza repressiva da indenização por danos morais. Pelo exposto, entendo que a fixação da indenização pela reparação do dano moral em duzentos salários mínimos é adequada ao caso concreto.

Os danos morais são indenizáveis independentemente dos danos materiais. Corroborando a doutrina mais evoluída, deixou claro o art. 5º, em seus incisos V e X, da Constituição de 1988. O valor adotado neste julgamento equivale ao máximo da indenização da Lei de Imprensa, o que é admissível, *in casu*, por ter havido morte como resultado do dano, aplicando, analogicamente, o princípio do § 1º do art. 1.538 do Código Civil, aplicável aos danos materiais.

*Ex positis*, em sede de reexame necessário, não acolho o parecer do douto Procurador de Justiça e reformo parcialmente a sentença apelada, para reduzir o valor da indenização para a quantia equivalente a duzentos salários mínimos, vigentes à época do efetivo pagamento. Fica prejudicado o recurso principal. Nego provimento aos recursos adesivos.

Custas, as do recurso, na proporção de 55% para o apelante principal, devendo os apelantes-adesivos suportarem o pagamento do percentual restante, suspensa a exigibilidade por parte dos recorrentes-adesivos, que estão amparados pela justiça gratuita. Mantenho a fixação da verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi e Corrêa de Marins.

*Súmula* - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO PRINCIPAL, NEGANDO PROVIMENTO AOS RECURSOS ADESIVOS.

-:::-





## GUARDA DE MENOR - REQUERIMENTO PELO AVÔ - DIFICULDADES FINANCEIRAS DOS PAIS - SITUAÇÃO PECULIAR - *CAPUT* E § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 8.069/90 - INTELIGÊNCIA

**- É de ser deferido o requerimento de guarda formulado pelo avô, com anuência expressa dos genitores do menor, quando o conjunto probatório dos autos demonstra que o autor tem maiores condições do que os pais de prestar à criança o indispensável auxílio material, especialmente a assistência médica e previdenciária, conforme o que está previsto no *caput* do art. 33 da Lei nº 8.069/90, uma vez que o § 2º do referido artigo autoriza a concessão da guarda para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 140.822/8 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Civil - Guarda de menor - Requerimento pelo avô - Dificuldades financeiras dos pais - Situação peculiar. - É de ser deferido o requerimento de guarda formulado pelo avô materno, com a anuência expressa dos genitores do menor, quando o conjunto probatório dos autos demonstra que o autor tem maiores condições do que os pais de prestar à criança a indispensável assistência material, prevista no *caput* do art. 33 da Lei nº 8.069/90, uma vez que o § 2º do referido artigo autoriza a concessão da guarda para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.

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, 06 de maio de 1999. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Conheço do recurso, porque tempestivo e dispensado de preparo.

A sentença apelada julgou improcedente o requerimento de guarda de menor formulado pelo apelante, avô materno da criança cuja guarda foi requerida.

Argumenta o recorrente que os pais da criança não contam com recursos necessários à sua criação, especialmente para prestar-lhe assistência médica e previdenciária. Diz que, ao requerer a prestação jurisdicional, vislumbrou a possibilidade de continuar prestando assistência material à neta, assegurando-lhe, também, a assistência previdenciária, mediante o deferimento da guarda requerida.

Prescreve o art. 33 da Lei nº 8.069/90:

"Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

Na sindicância realizada pelo Serviço Social Judicial, cujo relatório se encontra às fls. 10/11-TJ, foi apurado que a menor reside com a sua mãe e o recorrente e que este arca com as despesas da casa. Levantou-se que a mãe da criança tem remuneração pouco acima de um salário mínimo e que a iniciativa do pedido de guarda não foi do apelante, embora ele pretenda continuar auxiliando a menor e sua família, uma vez que intenta deixar sua residência para contrair novo casamento, com o qual não concordam os seus familiares. A subscritora do relatório registrou que a menor está acometida de doença grave, que exige tratamento urgente e intensivo, o que poderá ser feito facilmente se a mesma for dependente do avô, embora, de fato, a criança esteja sob a responsabilidade da mãe.

As divergências existentes entre o recorrente e os seus filhos, quanto ao casamento que pretende contrair, não interferem na solução do pedido, bem como o fato de terem aqueles impulsionado o pai a requerer a guarda.

O interesse do recorrente em que se lhe defira a guarda da menor não foi infirmado por prova. Ao contrário, restou corroborado mediante a apresentação do presente recurso.

O documento de fl. 4-TJ indica que os pais concordam com pedido do recorrente, afirmando a carência de recursos para assistirem a menor.

A finalidade precípua da guarda é regularizar situação de fato existente, permitindo à criança melhor assistência, em todos os aspectos, de acordo com o estabelecido no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.069/90. Além disso, o § 2º do referido artigo permite a concessão da guarda para que se atendam situações peculiares, como a dos presentes autos, em que a mãe da menor e seu avô materno realizam uma conjugação de esforços com o escopo de lhe possibilitar o melhor acompanhamento possível.

É certo que, como o apelante tem situação financeira superior à da genitora da menor, poderá proporcionar à criança uma melhor assistência do que a que lhe é dispensada atualmente. Além disso, a inclusão da infante como dependente do seu avô, para todos os fins e efeitos de direito, nos termos do § 3º antes transcrito, atende estritamente os interesses da criança, principalmente para receber a assistência médica intensiva de que necessita, conforme relatado no estudo social.





Decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível nº 39.681/96, realizado em 02/09/96, pela Primeira Turma Cível, Relator o Desembargador Eduardo Alberto de Moraes Oliveira, publicado no *Diário da Justiça* de 30/10/96, p. 19.470:

"Ementa: Menores. Guarda e responsabilidade requerida pelos avós maternos. Família substituta. Possibilidade da pretensão. - A família natural, no contexto da lei, é formada pelos pais e descendentes; assim, conquanto integrantes do rol os ascendentes, na amplidão legal, podem os avós assumir a guarda e responsabilidade do neto, substanciados como 'família substituta'. O instituto da guarda (parágrafo segundo do art. 33 da Lei nº 8.069/90) pode ser deferido para atender situações peculiares, em tudo sobrelevando o interesse do menor, independentemente de observância do princípio da legalidade estrita".

Esta Corte, no julgamento da Apelação Cível nº 23.140/7, da Comarca de Diamantina, Relator para o acórdão o Exmo. Sr. Desembargador Francisco Figueiredo, decidiu que o avô pode ter a guarda da neta, se consentida pela filha e pelo genro, que juntamente com aquele continuarão a assisti-la. A tipicidade da guarda, que não redunda em mudança prática, nem na renúncia de direito ou pátrio poder, enquadra-se no conceito jurídico do § 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na expressão "para atender a situações peculiares", autorizativa da concessão da guarda, especialmente quando esta constitui um ato de respeito ao direito do exercício de ser avô.

Assim, penso que deve ser deferido o requerimento de guarda formulado pelo avô materno, com a anuência expressa dos genitores da menor, porque o conjunto probatório dos autos demonstra que o autor, policial militar da reserva, tem melhores condições do que os pais de prestar à criança o indispensável auxílio material, especialmente a assistência médica e previdenciária, conforme o que está previsto no *caput* do art. 33 da Lei nº 8.069/90, uma vez que o § 2º do referido artigo autoriza a concessão da guarda para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.

Dou provimento ao recurso, para deferir a guarda requerida no pedido inicial.

Custas, pela lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi e Corrêa de Marins.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## ARREMATAÇÃO - NULIDADE - ART. 686, V, DO CPC - ARGÜIÇÃO - ARREMATANTE - INTERVENÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - CAUSA - PARTE - EMPRESA PÚBLICA

**- A nulidade incidente sobre a arrematação de bem levado à praça, tratada pelo art. 686, V, do CPC, somente poderá ser argüida pelo próprio arrematante.**

**- A intervenção do Ministério Público nas causas em que figure empresa pública como parte mostra-se desnecessária, suprindo qualquer eventual irregularidade o seu regular comparecimento em segundo grau de jurisdição.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 141.031/5 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processual civil - Arrematação - Nulidade - Art. 686, V, do CPC - Argüição - Arrematante - Intervenção - Ministério Público - Desnecessidade - Causa - Parte - Empresa pública. - A nulidade incidente sobre a arrematação de bem levado à praça, tratada pelo art. 686, V, do CPC, somente poderá ser argüida pelo próprio arrematante. - A intervenção do Ministério Público nas causas em que figure empresa pública como parte mostra-se desnecessária, suprindo qualquer eventual irregularidade o seu regular comparecimento em segundo grau de jurisdição.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro* - Tawil & Cia. Ltda., inconformada com a r. sentença de fls. 28/32-TJ, pela qual se julgaram improcedentes os embargos à arrematação opostos contra o BDMG - Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais -, interpõe o presente recurso de apelação, aduzindo, em resumo, que os leilões se realizaram em desacordo com os requisitos legais, notadamente o que estatui o art. 686, V e seguinte, do CPC; que o edital é nulo, pois que o INSS fora impedido de participar como preferente; e que há manifesto interesse público na lide, pelo que seria necessária a intervenção do Ministério Público no feito.

Contra-razões às fls. 39/48-TJ, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do desprovimento do recurso (fls. 58/61-TJ).





Conheço do recurso, presentes seus requisitos de admissibilidade.

Com efeito, a r. decisão monocrática não merece reforma, visto que bem dilucidou a matéria trazida a lume, ao que se consideram improcedentes os argumentos lançados pelos apelantes em sua peça recursal, senão veja-se:

Pretendem os apelantes a modificação da decisão, sob o argumento de que teria restado inobservado o comando contido no art. 686, V, do CPC, uma vez que no edital não se fez constar a existência de ônus sobre o imóvel praceado.

Sem razão, *data venia*, os recorrentes, porquanto sobre o bem imóvel que fora efetivamente arrematado pelo próprio credor-embargado, ora apelado, não incidia qualquer ônus, sendo certo, por outro lado, que os demais bens não obtiveram lanços proveitosos, ou seja, não foram objeto de arrematação, justamente, porque penhorados pelo INSS.

Assim, nenhum prejuízo suportaram os apelantes em relação a tal fato, o que, inclusive, fora devidamente certificado pelo leiloeiro à fl. 59-TJ, dos autos em apenso, sendo relevante frisar, por oportuno, que, ainda que houvesse a nulidade de que trata o inciso V do retromencionado dispositivo legal, esta somente poderia ser argüida pelo próprio arrematante, o que, a toda evidência, não ocorreu.

Neste mesmo sentido, confira-se NEGRÃO, Theotônio, *in CPC Anotado*, 27ª ed., nota 8 ao art. 686, p. 495: "*... o arrematante, e só ele, tem legitimidade para pleitear a anulação da arrematação por infringência a este dispositivo*".

O próprio art. 694, parágrafo único, III, do CPC, é cristalino ao dispor que a arrematação poderá, no entanto, desfazer-se:

"... quando o *'arrematante'* provar, nos três (3) dias seguintes, a existência de ônus real não mencionado no edital" (grifei).

Noutro vértice, sustentam os apelantes que seria obrigatória a intervenção do *Parquet* no feito, visto que é manifesto o interesse público, em razão de ser uma das partes ente da administração indireta, ou seja, empresa pública.

Em que pese a constituir tal questão objeto de discussões acirradas, a verdade é que a falta de participação do Ministério Público não enseja a nulidade pretendida, eis que, em primeiro lugar, a questão não é pacífica, tendo o egrégio STJ, inclusive, sumulado que esta intervenção seria desnecessária nos executivos fiscais, o que conduz, por óbvio, à mesma solução em casos como os que versam os presentes autos e, em segundo, porque fora aberta vista à d. Procuradoria de Justiça para se pronunciar a respeito, sanando todo e qualquer vício que pudesse macular a arrematação.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, confirmando-se, via de conseqüência, a r. decisão monocrática, por seus jurídicos e próprios fundamentos.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Falta interesse processual à apelante para questionar a nulidade da arrematação, pela omissão do edital no registro dos ônus sobre o imóvel arrematado.

Cumpriria ao credor, que arrematou, fazer o questionamento.

Tratando-se o apelado de banco, com atividades típicas da iniciativa privada, não há o interesse público que recomenda a presença do Ministério Público.

A qualificação de empresa pública, no caso do apelado, é apenas uma distorção que o art. 26 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, previu regularizar-se no prazo de 2 (dois) anos.

Nego provimento à apelação.

Participou do julgamento o Desembargador Carreira Machado.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ALIMENTOS - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - FALECIMENTO DO ALIMENTANTE - RECEBIMENTO DA PENSÃO - DIREITO DA MULHER DIVORCIADA - CONCORRÊNCIA COM A COMPANHEIRA - POSSIBILIDADE

**- O direito à pensão alimentícia emanado de acordo judicial homologado por sentença transitada em julgado, concedido à mulher divorciada, não desaparece com o falecimento do ex-marido, tendo a mesma direito de participar da pensão previdenciária, concorrendo com a ex-companheira do falecido, conservando, todavia, o mesmo valor fixado por ocasião do divórcio.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 141.829/2 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Falecimento do alimentante - Recebimento da pensão - Direito da divorciada - Admissibilidade. - A mulher, mantendo o direito à pensão alimentícia devida pelo ex-marido quando do divórcio, terá direito de participar da pensão previdenciária deixada por morte daquele, no mesmo valor fixado por ocasião do divórcio.

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, 14 de setembro de 1999. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Garcia Leão* - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença cujo relatório se adota, que, nos autos da ação de cobrança cumulada com manutenção de pensão ajuizada por Ondina Francisca de Oliveira contra o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que a autora não faz jus ao direito de receber a pensão deixada por seu ex-marido falecido, pertencendo tal direito à ex-companheira Maria Lúcia de Oliveira.

Irresignada com a decisão, recorreu a autora, aduzindo que, quando da separação e divórcio do casal, foi fixada uma pensão correspondente a 20% (vinte por cento) sobre os rendimentos líquidos do varão, permanecendo, entretanto, a mesma como sua dependente. Contudo, após o falecimento do seu ex-marido, o apelado cancelou o pagamento da pensão com base na Lei Estadual n.º 10.336/90.

Argumenta a apelante que sempre foi dependente do seu ex-marido, mesmo após o divórcio, sendo ela beneficiária de uma pensão vitalícia, não podendo ser rompido este vínculo, por se tratar de um direito adquirido.

As contra-razões foram apresentadas, pedindo a manutenção da decisão hostilizada.

O prazo transcorreu *in albis* sem apresentação das contra-razões do litisconsorte necessário.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Na verdade, ao falecer, Manoel Mariano estava divorciado da apelante. Entretanto, nos autos da ação de divórcio ficara acordado que o valor da pensão alimentícia seria de 20% (vinte por cento) sobre os rendimentos líquidos do varão, valor este que era descontado diretamente na folha de pagamento.

Dessa forma, a apelante recebia pensão alimentícia em virtude do divórcio, que representava obrigação emanada de acordo judicial homologado por sentença transitada em julgado, e por isso imutável após o falecimento, pois este não modifica a situação preexistente.

Assim, o direito à pensão alimentícia da autora não desaparece com o falecimento do seu ex-marido. É que mulher separada ou divorciada, quando a pensão alimentícia é mantida, tem direito de participar da pensão previdenciária, conservando, todavia, o mesmo valor fixado por ocasião do divórcio.

A pensão previdenciária é devida a quem foi para tanto indicada perante o órgão previdenciário.

Assim, mantendo a mulher o direito à pensão alimentícia devida pelo ex-marido quando do divórcio, terá direito igualmente de participar da pensão previdenciária deixada por morte daquele; pois a apelante não perdeu aquele direito por força de sentença quando do divórcio.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - De acordo.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ATOS PRATICADOS POR JUIZ ESTADUAL NA FUNÇÃO DE JUIZ ELEITORAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO**

**- Estando o juiz estadual exercendo função federal, na condução de um processo escrutinatório como juiz eleitoral, está o mesmo no exercício da jurisdição federal, pelo que é o Estado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos morais causados a terceiros, em decorrência de atos praticados por ele, no exercício daquele mister.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.317/7 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação de indenização - Danos morais - Juiz estadual em função federal - Ilegitimidade passiva do Estado. - Estando o juiz estadual exercendo função federal, na condução de um processo escrutinatório como juiz eleitoral, está ele em exercício de função federal. Ilegítimo, pois, o Estado para responder por seus atos funcionais.

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, 10 de junho de 1999. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* -





Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inconforma-se o apelante com a r. decisão singular, prolatada nos autos de ação de indenização por danos morais que aforou contra o apelado, em que o MM. Juiz oficiante julgou extinto o processo com arrimo no art. 267, VI, do CPC.

A pretensão indenizatória do apelante prende-se ao fato de, quando em serviço eleitoral, como presidente de mesa receptora de votos, haver sido detido e conduzido preso, sem motivo aparente, tendo sido mantido na condição de detento por cerca de 5 horas, sem que o MM. Juiz Eleitoral tomasse qualquer providência no sentido da proteção de sua liberdade, em flagrante afronta à lei eleitoral, que torna defeso ser o serventuário daquela Justiça especializada preso, no interregno do serviço eleitoral, na forma da lei.

Que seu aprisionamento lhe causou grande constrangimento, com danosa repercussão social, pelo que pretende a justa indenização por sua perda moral.

Frustrado o pedido em primeira instância, pela extinção do feito sem julgamento de mérito, por acolhimento da tese da ilegitimidade passiva do apelado, pretende o apelante a reforma do julgado, sendo esta a razão de seu apelo.

A meu sentir, falece razão ao recorrente, eis que a decisão singular se situa dentro dos limites da lei de regência.

A ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, para responder por provável omissão causadora do dano moral ao apelante, salta aos olhos, eis que o pedido indenizatório foi mal dirigido.

Como é cediço, embora o juiz de direito seja funcionário do Estado, quando na função de juiz eleitoral funciona o magistrado como substituto da Justiça Federal, sendo que a jurisdição eleitoral transmuta o juiz à condição de juiz eleitoral.

Se ocorrente a omissão do juiz, tendo em vista que tenha ela ocorrido quando aquele desempenhava funções típicas da Justiça Especializada Federal, descabe à unidade federada responder por seus atos.

Neste parâmetro, ilegítimo é o Estado de Minas Gerais para responder pelo pólo passivo do feito.

Nesta conformidade, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro e Carreira Machado.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ENERGIA ELÉTRICA - REAJUSTAMENTO TARIFÁRIO - PERÍODO DE CONGELAMENTO DE PREÇOS - ADMISSIBILIDADE

**- Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no reajuste de tarifa de energia elétrica no período de congelamento de preços, pois tal reajuste propicia a justa remuneração do capital investido e garante a continuidade do serviço público em fornecer o produto, assegurando o equilíbrio social, econômico e financeiro.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.480/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Energia elétrica - Reajustamento tarifário - Período de congelamento de preços - Admissibilidade. - Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no reajuste de tarifa de energia elétrica no período de congelamento de preços, pois tal reajuste propicia a justa remuneração do capital investido e garante a continuidade do serviço público em fornecer a energia elétrica, assegurando o equilíbrio social, econômico e financeiro.

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, 03 de agosto de 1999. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Garcia Leão* - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 389/393, cujo relatório se adota, que, nos autos da ação ordinária declaratória cumulada com repetição de indébito requerida por Pedreira Rolim Ltda. contra CEMIG - Companhia Energética de Minas Gerais -, julgou improcedente o pedido inicial, considerando legítimo o reajuste de tarifas de energia elétrica aplicado pela ré, impondo à autora o pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, monetariamente atualizados, desde a data do ajuizamento da ação.

Inconformada com a decisão, a autora recorreu, sustentando a ilegalidade do aumento da tarifa de energia elétrica, através das Portarias nºs 038/86 e 045/86, editadas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, visto que, conforme os Decretos-leis nºs 2.283/86 e 2.284/86, todos os preços foram congelados e só poderiam ser reajustados por ato do Chefe do Executivo.

Pretende, assim, pagar as contas vincendas, sem a adição do referido aumento, bem como o ressarcimento de todos os valores já pagos a maior.

A apelada apresentou suas contra-razões insistindo na manutenção da decisão hostilizada.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso, para julgar procedente o pedido declaratório, bem como o de restituição, limitando-se, porém, a restituição entre o período compreendido pela publicação do reajuste e a data da portaria publicada após encerrado o congelamento de preços.

O mérito da questão versa sobre o exame da legalidade ou não das Portarias do DNAEE nºs 38, de 27 de fevereiro de 1986, e 45, de 4 de março de 1986.

Na verdade, o artigo 167 da Constituição Federal pretérita estabelecia que a tarifa remuneratória das concessionárias de serviços públicos atendesse à justa remuneração do capital, permitindo o melhoramento e a expansão dos serviços, assegurando ainda o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, estabelecendo no inciso III do mencionado artigo 167 ficar assegurada a fiscalização e a revisão periódica das tarifas, ainda que não estipuladas em contrato anterior.

Desta forma, a revisão periódica de tarifa de energia elétrica era e é disposição constitucional à qual se subordina o administrador.

Examinado o art. 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, verifica-se que todos os preços são expressos em cruzeiros, ficando congelados a partir da data do decreto-lei nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986, admitida porém a revisão de tais preços pelos órgãos federais, de forma setorial e temporária.

Logo o citado artigo 36 não veda a revisão tarifária, ao contrário, permite a sua revisão.

Por sua vez, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, no uso desta faculdade legal, reconhecendo a defasagem das tarifas vigorante em confronto com a conjuntura da economia das concessões, fez o equilíbrio essencial, não violando o congelamento de preço.

A segunda portaria, revendo a extensão da anterior, manteve o reajuste das tarifas industriais, continuando fiel ao critério de flexibilidade contemplado na norma legal.

Em face do exposto, não procede a alegação de ilegalidade dos preços fixados nas Portarias DNAEE de nºs 38 e 45, de 1986, uma vez que foram editadas com fundamento no Decreto-lei nº 2.283/86.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**DIVÓRCIO DIRETO - USO DO NOME DE CASADA - DISTINÇÃO ENTRE O NOME DA MULHER E O DOS FILHOS - LEI Nº 8.408/92 E ARTIGO 25, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 6.515/77 - INTELIGÊNCIA - DIREITO DE PERSONALIDADE**

**- Sendo direito da mulher acrescer-se ao seu nome o do marido, constituindo-se ele um direito de personalidade, como bem da vida, não pode a mulher dele ser privada sem o devido processo legal.**

**- Se, ao ser retirado da mulher o nome de família do ex-marido, houver manifesta distinção entre o seu nome e o de seus filhos, justifica-se a manutenção do nome, nos termos do art. 25, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.515/77.**

**- Passados longos anos de separação fática, período em que a mulher sempre usou o nome adotado, este passa a integrar a sua personalidade, incorporando-se a seu patrimônio jurídico, nada justificando sua exclusão pura e simples, depois de tantos anos, especialmente quando o marido não aponta razões plausíveis a amparar sua pretensão de não permitir o uso do nome.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.484/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Divórcio direto - Uso do nome de casada. - Sendo direito da mulher acrescer-se ao seu nome o do marido, constituindo-se ele um direito de personalidade, como bem da vida, não pode a mulher dele ser privada sem o devido processo legal. - Inteligência da Lei nº 8.408/92 e art. 25, parágrafo único, da Lei nº 6.515/77. - Sentença 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, 17 de junho de 1999. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Hugo Bengtsson* - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação de divórcio direto ajuizada por W.B.C. contra M.C.B., julgada procedente, como consta do relatório.

Toda a matéria desenvolvida se cinge à questão de ter o MM. Juiz sentenciante determinado que a mulher continuaria a manter o nome de casada.

Na aplicação das normas referentes à conversão de separação em divórcio ao divórcio direto, destacamos (Lei nº 6.515/77):

"Art. 25. A conversão em divórcio da separação...

(...)

Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar:

(...)

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida...".

Vejamos.

Os dois filhos indicados na inicial, únicos vivos dos nascidos na constância do casamento do casal desavindo, são:

a) W.B.C., filha de W.B.C. e de M.C.B.;

b) W.C.J., filho de W.B.C. e de M.C.B.

A apelada, ao se casar, tinha, simplesmente, o nome de "Maria Consuelo" (fls. 8).

Se se lhe retirar o nome de família do agora ex-marido, sem dúvida, haverá manifesta distinção entre o seu nome e o de seus filhos.

Justifica-se a aplicação de indicada norma para a mantença do nome de casada.

É que:

"Divórcio. Conversão em separação. Conservação do nome do marido. Admissibilidade. Inteligência da Lei nº 8.408/92. Recurso provido. - Lícita a pretensão de ex-mulher em manter o nome de casada, com o intuito de evitar distinção entre seu nome de família e o da filha do casal" (Ap. Cív. nº 220.019/1, Santos, Rel. Des. Wálter Theodósio. Cfr. *JUIS* - CD-ROM nº 15, 1º trim./99).

Além do mais, o casamento se realizou no ano de 1963, com a separação de fato em 1976. A mulher, desde então e sempre, usou o nome adotado. Passou a integrar sua personalidade, nada justificando sua exclusão, pura e simplesmente, depois de tantos anos.

Sem dúvida:

"Divórcio. Conversão em separação. Uso do nome de casada. Lei nº

8.408/92, c/c artigo 25, parágrafo único, II, da Lei nº 6.515/77. Recurso parcialmente provido. - Sendo direito da mulher acrescer-se ao seu nome o do marido, constituindo-se ele um direito de personalidade, como bem da vida que é, não pode a mulher dele ser privada sem o devido processo legal. Art. 5º, LIV, da Constituição Federal" (Ap. Cív. nº 21.063/4-SP, Rel. Des. Júlio Vidal. Cfr. CD-ROM citado).

Incontroversamente, o apelante não demonstrou, nem apontou razões plausíveis e sustentáveis a amparar sua pretensão, lembrando que o nome "Bonfim" integra direito à personalidade, já incorporado ao patrimônio jurídico da apelada.

Com estas razões de decidir, confirmando a r. sentença pelos próprios e jurídicos fundamentos, nego provimento ao recurso, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer da Procuradora de Justiça, Dra. Aída Lisbôa Marinho.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Cláudio Costa e Campos Oliveira.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## COMPETÊNCIA - JUSTIÇA DO TRABALHO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS RESULTANTES DE RELAÇÃO TRABALHISTA - ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INTERPRETAÇÃO DO STF

**- Compete à Justiça Obreira o julgamento de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de relação empregatícia em que o Estado direta ou indiretamente for parte. A interpretação recente do art. 114 da Constituição Federal, feita pelo STF, reconhece a competência para tais ações à Justiça do Trabalho.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.743/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Competência - Art. 114 da Constituição Federal - Indenização por danos morais e materiais resultantes de relação trabalhista - Justiça do Trabalho. - Compete à Justiça Obreira o julgamento de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de relação empregatícia em que o Estado direta ou indiretamente for parte. - Interpretação do art. 114 da Constituição Federal.

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 CASSAR A SENTENÇA, DE OFÍCIO, E DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela COPASA, a Dra. Silvana Maria Ferraz Hardy Sabino.

*O Sr. Des. Campos Oliveira* - Trata-se de ação de indenização por perdas e danos proposta por Wilson Vieira contra a COPASA-MG - Companhia de Saneamento de Minas Gerais -, perante o Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, dizendo que era empregado da requerida, tendo sido por ela dispensado por justa causa, sob a acusação de prática de ato de improbidade, ao transportar quatro latas de tinta, sem autorização; mas, inconformado, o autor propôs reclamação trabalhista perante a 33ª Junta de Conciliação e Julgamento, logrando, em instância superior, o reconhecimento de que a dispensa fora injusta; que o autor sofreu muito em razão disso, inclusive perdendo o curso de alfabetização, tendo dificuldade de arranjar novo emprego, em razão da idade e dificuldades impostas no mercado de trabalho.

A final, o pedido foi julgado parcialmente procedente.

Inconformado, o autor apelou, tempestivamente, buscando a reforma parcial da sentença para que seja aumentado o valor da indenização por dano moral, reconhecida a indenização por danos financeiros.

Sem preparo, na forma da lei.

A ré também apelou, tempestivamente, buscando a reforma da sentença e a improcedência do pedido, ao entendimento de que não praticou qualquer ilícito.

Preparo regular, mas os apelos não foram contrariados, escusando-se o Dr. Promotor de emitir parecer.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela desnecessidade de sua intervenção, em parecer da lavra do Dr. João Francisco Rolla.

É o relatório.

Conheço dos recursos, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que a ação está ligada a fatos que foram objeto de reclamatória trabalhista, o que desloca a competência para a Justiça Obreira, por força do disposto no art. 114 da Constituição Federal, que diz que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho ...".

A propósito CRETELLA JÚNIOR, em sua obra *Comentários à Constituição de 1988*, afirma que:

"a base do legislador para fixar a competência da Justiça do Trabalho é, antes de tudo, a da verificação da existência de relação de trabalho entre empregador e empregado. Este é o pressuposto. Se dessa relação ocorrer questão (1934), conflito (1937), dissídio, litígio (1967-1969), ou controvérsia, competente para tomar conhecimento, processar e julgar a causa será a Justiça do Trabalho, pela ação de seus órgãos, em primeiro grau, as Juntas de Conciliação e Julgamento, depois, os Tribunais Regionais do Trabalho, e, por fim, em última instância, o Tribunal Superior do Trabalho. Dirimir questões que derivam da relação empregatícia entre empregador e empregado - eis a tarefa precisa que cabe à Justiça do Trabalho" (Forense Universitária, 2ª ed., p. 3.207).

Não há dúvida de que a pretensão do autor decorre de sua então relação de trabalho e de sua dispensa.

E, como decidiu o eg. STJ, ao decidir o Conflito de Competência nº 22.709-SP:

"É da Justiça comum a competência para processar e julgar ação de indenização por acidente de trabalho.

O STJ atribuía à Justiça comum a competência para processar e julgar ação de indenização por dano moral, ainda que a ofensa decorresse da relação de emprego. Porém, recente julgamento do eg. STF, interpretando o art. 114 da CR, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para tais ações" (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publ. no *DJ* de 15/03/99, p. 84).

Isto posto, casso a decisão, de ofício, por incompetência absoluta do juízo, em razão da matéria, determinando a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, para os devidos fins, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aluízio Quintão e Herondes de Andrade.

*Súmula* - CASSARAM A SENTENÇA, DE OFÍCIO. DETERMINARAM A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

## PRENOME - PEDIDO DE CANCELAMENTO E ALTERAÇÃO - ARTIGO 58 DA LEI Nº 6.015/73 - INTELIGÊNCIA

**- O artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) não tem sentido absoluto, mas relativo, permitindo o cancelamento ou alteração do prenome, embora tenha a imutabilidade como regra. Não contendo erro gráfico e nem expondo a parte ao ridículo, não se justifica a pretensão de alteração e cancelamento do prenome.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 143.260/8 - Comarca de Camanducaia - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Pedido de cancelamento de prenome. - O art. 58 da Lei de Registros Públicos não tem sentido absoluto, mas relativo. O prenome é imutável, mas admite exceções. Prenome que é susceptível de cancelamento ou alteração é aquele que encerra erro gráfico ou expõe a pessoa ao ridículo. 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Alega a apelante, em suas razões, que ela é conhecida, no círculo de suas relações sociais e estudantis, pelo prenome Paula, e não Oralina, que, por erro do Oficial do Registro de Nascimento, constou de seu registro de nascimento.

Não lhe assiste razão.

O art. 58 da Lei de Registros Públicos não deixa a menor dúvida sobre a imutabilidade do prenome, abrindo, porém, duas exceções: a do parágrafo único do art. 55 e a do parágrafo único do art. 58 da referida lei, o que está a significar que o art. 58 não tem sentido absoluto, mas relativo e, assim, é possível o cancelamento ou alteração.

No caso presente, vê-se que o prenome Oralina não conteve qualquer erro gráfico e nem isso foi alegado pela apelante; como é prenome que não expõe a apelante ao ridículo, não se justifica, pois, a pretensão da apelante de cancelar o prenome Oralina, mesmo porque é o prenome de sua avó materna, o que, comumente, é até motivo de orgulho para o neto.

Os acórdãos trazidos à baila pela apelante não a beneficiam em nada, porque os fatos neles descritos ou evidenciam erro gráfico ou prenome que expõe ao ridículo, o que, efetivamente, não é o caso dos autos.

Mantenho, pois, a sentença hostilizada e nego provimento ao recurso.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Campos Oliveira e Aluízio Quintão.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**ILEGITIMIDADE DE PARTE - EX-CÔNJUGE - CLÁUSULA DE ACORDO EM SEPARAÇÃO JUDICIAL - BENS - DOAÇÃO AOS FILHOS - MODIFICAÇÃO - ALIENAÇÃO DOS BENS DOADOS - PRETENSÃO - DIREITO ALHEIO - PLEITO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 6º DO CPC - INTELIGÊNCIA**

**- O ex-cônjuge é parte ilegítima para propor ação visando a modificação de cláusula de doação estabelecida no acordo de separação judicial, pretendendo a alienação dos bens doados aos filhos, sem que estes figurem no pólo ativo da ação, eis que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.134/4 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação de modificação de cláusula de separação consensual - Bens de menores - Ilegitimidade ativa. - Versando a ação sobre bens doados a menores, quando de separação consensual, somente em nome destes pode evoluir ação para disposição de referidos bens. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Inteligência do art. 6º do CPC.

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, 12 de agosto de 1999. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* - Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

A pretensão do recorrente, ao propor a ação, visava à modificação de cláusula estabelecida quando da separação das partes, eis que eram casados.

Com a separação, restou disposto, consensualmente, que o imóvel do casal, objeto do feito, seria doado à prole, com reserva de usufruto vitalício para a virago.

Justifica o pedido, manifestando a intenção de alienar o imóvel e, com o produto da venda, adquirir dois outros imóveis de menor valor, em nome dos menores, mas com reserva de usufruto de cada um dos novos bens, para cada um dos ex-cônjuges.

Entende que, com tal pretensão, melhor garantido estaria o bem dos filhos, pois que, na situação atual, em que a mulher é detentora do usufruto, não vem ela diligenciando com o devido zelo no sentido da preservação do bem, eis que não mantém em dia os tributos relativos à casa, e nem dela cuida, preservando-a e conservando-a, como necessário.





Ocorre que, não obstante toda a fundamentação oferecida pelo recorrente, tais razões não afastam a impossibilidade legal de alteração da cláusula de doação, que constituiu uma liberalidade exercida pelo apelante, sendo capaz para tal, e menos ainda pretender unilateralmente dispor de bens de sua prole, havidos por avença, e litigar sobre bens de terceiros, sem que estes figurem em um dos pólos da ação.

A meu sentir, o apelante não tem legitimidade para demandar relativamente ao referido imóvel, sendo esta a razão do indeferimento da inicial, o que entendo correto, a teor do art. 295, II, do CPC.

Ilegítima a parte, outro não poderia ser o destino do processo, senão sua extinção, na forma do art. 267, I, do digesto processual.

Nesta conformidade, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro* - O casal firmou acordo para a separação judicial estabelecendo quanto ao imóvel que seria doado aos filhos, com o usufruto em favor da mulher. A modificação da cláusula tem reflexos em relação aos filhos, que são interessados no cumprimento da obrigação assumida por ocasião da separação judicial.

Assim, entendo que a extinção do processo se impõe, pela não-convocação dos litisconsortes passivos necessários, sendo certo que tanto a ex-mulher do autor quanto os filhos devem ser convocados para a lide, sem embargo de poderem exigir, em reconvenção, a efetivação do ajuste, firmando o ex-marido a escritura pública de doação com reserva de usufruto em favor da ex-mulher.

Custas, *ex lege*.

Participou do julgamento o Desembargador Carreira Machado.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - LEGITIMIDADE PARA RECORRER - AUTORIDADE COATORA - PREFEITO MUNICIPAL - PROCURADOR - INDICAÇÃO - REPRESENTAÇÃO AUTOMÁTICA EM JUÍZO - INTELIGÊNCIA DO ART. 12, INCISO II, DO CPC - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - CONTRATO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA CF/88 - LICITAÇÃO PRÉVIA - AUSÊNCIA - EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO - CONTINUIDADE - IMPOSSIBILIDADE**

**- A pessoa jurídica de direito público é que detém legitimidade para recorrer de sentença concessiva de segurança, mesmo porque é a Fazenda que arcará com os ônus decorrentes da concessão da ordem.**

**- Quando a autoridade coatora é o prefeito municipal e, nessa qualidade, comparece aos autos através de advogado ali indicado como seu procurador, faz com que o município esteja automaticamente representado, pois que, a teor da norma do art. 12, inciso II, do CPC, é o município representado em juízo ativa e passivamente por seu prefeito ou procurador.**

**- A concessão de serviço público firmada através de contrato celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, sem a realização de procedimento licitatório prévio, é nula, motivo por que não há se falar em direito líquido e certo de a empresa contratada continuar a explorar o serviço em questão.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.233/4 - Comarca de Mariana - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Legitimidade para recorrer - Pessoa jurídica de direito público - Concessão de serviço público - Ato determinando a suspensão da exploração de linha de ônibus - Contrato - Não-comprovação de realização de procedimento licitatório prévio - Direito de continuar a explorar o serviço - Inexistência. - A pessoa jurídica de direito público é que detém legitimidade para recorrer de sentença concessiva de segurança, mesmo porque é a Fazenda que arcará com os ônus decorrentes da concessão da ordem. - Uma concessão de serviço público concedida através de contrato celebrado na vigência da Constituição de 1988, sem a realização de procedimento licitatório prévio, é nula, motivo por que não se há de falar em direito líquido e certo da empresa contratada de continuar a explorar o serviço em questão.

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 AO APELO.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 1999. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Antonino Baía Borges* - O Município de Mariana, inconformado com a r. sentença de fls. 117/120-TJ, que concedeu a ordem no mandado de segurança impetrado por Transcotta Ltda., interpôs o presente recurso de apelação (fls. 127/137-TJ).

Alega, em síntese, que o contrato de concessão de serviço público celebrado com a impetrante o foi fraudando a lei, que a proteção do patrimônio histórico é motivo mais que relevante para a suspensão da exploração dos serviços prestados pela impetrante e que o poder de polícia da Administração restou malferido com a decisão proferida.





Foram apresentadas contra-razões, pugnando pela manutenção do *decisum* (fls. 144/149-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela reforma da sentença (fls. 159/163-TJ).

Conheço do recurso.

Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade do Município para recorrer, argüida pela apelada.

Como cediço, quem detém legitimidade para interpor apelação contra sentença concessiva de segurança não é a autoridade coatora, mas a pessoa jurídica de direito público a que aquela pertence, mesmo porque quem arcará com os ônus decorrentes da concessão da ordem é a Fazenda Pública.

E, exatamente por isso, também não deve ser acolhida a preliminar de intempestividade, pois, se é o Município quem detém legitimidade para recorrer, o prazo para tanto deve ser computado em dobro, a teor do que dispõe a norma do art. 188 do CPC.

E, em assim sendo, se o último AR de intimação do procurador do Município foi juntado em 20/10/98 (fls. 124-v.-TJ), a interposição do recurso em 19/11/98 (fls. 127-TJ) é tempestiva.

Por fim, também não procede a alegação do apelado de que, como a peça recursal não veio acompanhada do instrumento de mandato, não têm os procuradores do Município procuração nos autos.

Ocorre que a autoridade coatora é o Prefeito Municipal.

Essa autoridade, quando comparece nos autos nessa qualidade, faz com que o Município esteja automaticamente representado, pois, a teor da norma do art. 12, inciso II, do CPC, é o Município representado em juízo, ativa e passivamente, por seu Prefeito ou procurador.

Por isso, a procuração de fls. 48-TJ, na qual o Prefeito Municipal, nessa qualidade, nomeia os advogados ali indicados como seus procuradores no feito - os mesmos que subscreveram a peça recursal, é bom frisar -, deve ser tida como procuração conferida pelo próprio Município àqueles causídicos, motivo por que não se há de falar esteja o apelante sem procuradores constituídos nos autos.

Superadas as preliminares argüidas pela apelada, passamos ao exame do mérito.

Inicialmente, há que se ressaltar que, por diversas vezes, se discutiu nos autos do mandado de segurança sobre

os danos que os veículos de transporte coletivo utilizados pela apelada estariam a causar aos imóveis da histórica Mariana, tendo-se alegado, até mesmo, em certa oportunidade, que, ante a existência razoável de dúvida sobre a ocorrência ou não daqueles danos, não se haveria como reconhecer o alegado direito líquido e certo da apelada de continuar explorando o transporte coletivo na região central daquele Município.

Também a questão relativa ao direito da população ao transporte serviu de argumento para o exame da impetração, bem como a discutível legalidade do ato administrativo do Prefeito Municipal de Mariana de, sem licitação, ter deferido à certa empresa, a título precário, a operação da linha de ônibus que vinha sendo operada pela apelada.

Contudo, ainda que se considere a possibilidade de que, conforme o desate que se confira à ação mandamental intentada, possa o patrimônio histórico do Município de Mariana ser de alguma forma prejudicado, bem como os usuários do transporte coletivo daquela localidade, e mesmo que se vislumbre uma ilegalidade no ato administrativo que deferiu a operação de determinada linha de ônibus a certa empresa, a título precário, sem licitação, há que se estar atento para o fato de que se está examinando uma impetração.

Se há possibilidade de dano ao patrimônio histórico, se há comprometimento do serviço de transporte coletivo urbano ou se o ato do Prefeito de conceder a operação de uma linha de ônibus sem licitação é ilegal, todas essas são questões, sem dúvida alguma, de suma relevância, mas cujo exame não se comporta na estreita seara do mandado de segurança, motivo por que devem ser tratadas, se for o caso, por via dos instrumentos processuais que o nosso ordenamento jurídico oferece para tanto.

E, na espécie, tem-se apenas que considerar que uma ação mandamental foi ajuizada por uma empresa de ônibus que, impedida pelo Prefeito Municipal de continuar a realizar o serviço de transporte coletivo urbano, na região central de Mariana, alega ter o direito líquido e certo de continuar a prestá-lo, ao argumento de que firmou um contrato com aquele Município que lhe assegura tal direito.

Releva notar que, na inicial da impetração, requer a referida empresa de ônibus, ora apelada, a anulação do ato administrativo que determinou a paralisação de seus serviços, com o conseqüente restabelecimento das linhas que vinha operando.

Assim, apenas uma questão reclama exame nesta estreita via do mandado de segurança: a existência ou não de direito líquido e certo da apelada de continuar a prestar os serviços de transporte que vinha efetuando até que fosse baixado o ato administrativo e, se reconhecido esse direito, a ocorrência ou não de lesão em face do ato impugnado.

Isso posto, passemos ao exame dessa questão.





Na inicial do *mandamus*, alega a apelada ser uma concessionária do serviço de transporte coletivo no Município de Mariana, por força de contrato transferido de terceiros em 1977, que, ratificado pela Municipalidade em 30/11/88, foi prorrogado, em 16/11/93, por mais cinco anos (fls. 02-TJ).

Contudo, o primeiro contrato de cuja existência fez prova a apelada, quando da impetração, é o constante de fls. 16-TJ, que, segundo ali se vê, foi celebrado em 30/11/1988.

Àquela época, já exigia a legislação pertinente a realização de procedimento licitatório para a celebração de contratos da Administração com particulares.

Não obstante, daquele contrato não há qualquer registro quanto à realização da indispensável licitação.

Dito contrato, ao que se vê dos autos, foi prorrogado em 16/11/93, por mais cinco anos, sem que haja qualquer notícia, novamente, de que tenha havido a realização de procedimento licitatório (fls. 16/16-v. e 14/15-TJ).

Se não houve licitação, não tem como prosperar a alegação da apelada de que, no seu caso, deveria ser respeitado o contrato firmado com o Município, ao argumento de que o art. 42 da Lei nº 8.987/95, que entrou em vigor em fevereiro de 1995, prevê que as concessões de serviços públicos outorgadas anteriormente a sua entrada em vigor se consideram válidas pelo prazo fixado no contrato.

Ocorre que o art. 43 da mesma Lei nº 8.987/95, invocada pela apelada, preceitua, taxativamente, que ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

E o contrato de fls. 16-TJ, como visto, foi celebrado em 30/11/88, quando já estava em vigor a Carta de 1988, e sem licitação.

Assim, o que se vê é que a apelada não logrou demonstrar o seu alegado direito líquido e certo.

Em vista disso, não se tem como conceder a segurança pleiteada na inicial da impetração, para que seja anulado o ato administrativo impugnado, de tal sorte que seja restabelecida a exploração das linhas que vinham sendo operadas pela apelada.

Por fim, vale ressaltar que a apelada, em sua impetração, não alegou ter direito líquido e certo a obter indenização em face do ato administrativo que impugnou.

Não pediu, por isso, que fosse concedida segurança para que, se mantida a medida, lhe fosse reconhecido o direito ao recebimento de determinada indenização.

A apelada, alegou, sim, como visto, o direito líquido e certo apenas de continuar a explorar a referida linha e pediu fosse concedida ordem que lhe assegurasse apenas isso.

Mas, como visto, tal direito não demonstrou.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, para, reformando a r. decisão monocrática, denegar a ordem pleiteada, com inversão dos ônus de sucumbência.

Custas, pela apelada.

Participaram do julgamento os Desembargadores Monteiro de Barros e Isalino Lisbôa.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

**NOTA FISCAL - PRAZO DE VALIDADE VENCIDO - MULTA - ART. 55, XIV, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 E ART. 302, II, DO RICMS/MG - INTELIGÊNCIA - CIGARROS - MERCADORIA NÃO IDENTIFICÁVEL - ART. 305, II, DO RICMS/MG - INAPLICABILIDADE**

**- O transporte de mercadorias com prazo de validade da nota fiscal vencido enseja a aplicação de multa, nos termos dos arts. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, e 302, II, do RICMS/MG.**

**- Tratando-se de prazo de validade de nota fiscal em operações relativas a transporte de cigarros, por faltar a estas mercadorias o número de série de fabricação, requisito necessário à possibilidade de sua perfeita identificação, não incide sobre elas a norma do art. 305, II, do Regulamento do ICMS/MG, dispositivo que estatui que os prazos de validade das notas fiscais previstos no art. 302, II, do mesmo diploma legal, não se aplicam a mercadorias que podem ser perfeitamente identificáveis.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.411/6 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Direito tributário - Transporte de cigarros - Nota fiscal com prazo de validade vencido - Infração fiscal - Aplicação de multa - Mercadoria não identificável - Lei estadual nº 6.763/75 - Regulamento do ICMS/MG. - O transporte de mercadorias com prazo de validade da nota fiscal vencido enseja a aplicação de multa, nos termos dos arts. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, e 302, II, do Regulamento do ICMS/MG. Não encontra azo a incidência do art. 305, II, do Regulamento do ICMS/MG, que excepciona o preceito contido no art. 302, II, do mesmo diploma normativo, determinando que tais prazos de validade da nota fiscal não se aplicam ao transporte de mercadorias que podem ser perfeitamente identificáveis, visto faltar-lhes o requisito do número de série de fabricação.

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, 10 de junho de 1999. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Carreira Machado* - Conheço do recurso, presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por Souza Cruz S/A contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte, que, em ação anulatória de débito fiscal, julgou improcedente o pedido.

Argúi a apelante que a multa imposta pela apelada em razão do vencimento do prazo de validade de nota fiscal não deve subsistir. A uma, porque a responsabilidade pelo excesso havido quanto ao prazo de validade da nota fiscal é da transportadora. A duas, porque, nos termos do art. 305 do Regulamento do ICMS/MG, os prazos de validade de nota fiscal previstos no art. 302 do mesmo diploma normativo não se aplicam sobre o transporte de mercadorias perfeitamente identificáveis.

Não há controvérsia acerca da ocorrência do vencimento do prazo de validade da nota fiscal *sub examine*.

A questão sobre a qual se instaurou a lide cinge-se à aplicabilidade ou não do artigo 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, c/c o art. 302, II, do Regulamento do ICMS/MG, aprovado pelo Decreto nº 32.535/91, ou seja, aplicabilidade da multa em função do vencimento do prazo de validade da nota fiscal emitida pela apelante.

Prevê o artigo 302, II, do Regulamento do ICMS/MG que o prazo de validade de nota fiscal quando se tratar de transporte para localidade situada acima de 100 km da sede do emitente é de 3 dias.

A sanção prevista para referida infração fiscal encontra-se expressa no art. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, que reza:

"Art. 55. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53 (o valor da operação), serão as seguintes:

(*omissis*)

XIV - por transportar mercadoria acompanhada de nota fiscal com prazo de validade vencido, ou com omissão de algum requisito - 50% (cinqüenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal" (parêntese nosso).

Ora, constatado que o prazo de validade da nota fiscal emitida pela apelante se encontrava vencido, nos termos do art. 302, II, do Regulamento do ICMS/MG, cumpria à Administração Fazendária aplicar a respectiva multa prevista no art. 55, XIV, da Lei nº 6.763/75.

Suscita a apelante a incidência ao caso controvertido do art. 305, II, do

Regulamento do ICMS/MG, que elidiria a aplicação do art. 302, II, do mesmo diploma normativo, haja vista que o prazo de validade expresso neste último artigo não se aplica em relação ao transporte de mercadorias perfeitamente identificáveis.

Este o teor do art. 305, II, do Regulamento do ICMS:

"Art. 305. Os prazos de validade da nota fiscal previstos no artigo 302 não se aplicam quando se tratar de transporte de mercadoria:

(*omissis*)

II - quando haja possibilidade de sua perfeita identificação pela quantidade, qualidade, marca, modelo, tipo e número de série de fabricação, com a descrita no documento".

Ocorre que *cigarros* não se enquadram à exigência *ut supra*, haja vista que não possuem um dos requisitos necessários à possibilidade de sua perfeita identificação, qual seja, o número de série de fabricação.

Em se tratando de enumeração cumulativa de requisitos, em que a ausência de um deles inviabiliza a incidência da norma ao caso concreto hipoteticamente previsto, inaplicável ao caso *sub judice* o art. 305, II, do Regulamento do ICMS/MG.

A apelante alega, ainda, que a responsabilidade pelo excesso havido quanto ao prazo de validade da nota fiscal é da transportadora.

Ora, não pode a apelante escusar-se de sua responsabilidade sobre a irregularidade fiscal ocorrida, haja vista que fora ela que emitiu a nota fiscal em questão. Ademais, se a recorrente se sente prejudicada por ato da referida transportadora, este não é o meio processual adequado para tal argüição, restando-lhe direito regressivo pelas vias ordinárias para requerer o que entender de direito.

Portanto, o transporte de mercadorias com prazo de validade da nota fiscal vencido enseja a aplicação de multa, nos termos dos arts. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, c/c 302, II, do Regulamento do ICMS/MG. Não encontra azo a incidência do art. 305, II, do Regulamento do ICMS/MG, que excepciona o preceito contido no art. 302, II, do mesmo diploma normativo, determinando que tais prazos de validade da nota fiscal não se aplicam ao transporte de mercadorias que podem ser perfeitamente identificadas. É que, como exposto, cigarros não são mercadorias perfeitamente identificáveis, visto faltar-lhes o requisito do número de série de fabricação.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença recorrida, por esses e seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Almeida Melo e Bady Curi.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-





## FALÊNCIA - PEDIDOS ALTERNATIVOS - CITAÇÃO DO RÉU PARA APRESENTAR DEFESA OU PARA EFETUAR DEPÓSITO ELISIVO - INICIAL - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA ECONOMIA PROCESSUAL - OBSERVÂNCIA

**- A inicial de falência que contém pedidos, para citar o réu, ou para apresentar defesa em 24 (vinte e quatro) horas, ou para depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, elidindo a falência, não é inepta. Entender o contrário é exceder em formalismo em detrimento dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.843/0 - Comarca de Contagem - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Direito falimentar - Inicial de falência - Pedido alternativo - Citar para apresentar defesa ou efetuar depósito elisivo - Inépcia - Inocorrência. - A inicial de falência que contém pedidos cumulados, para citar o réu, ou para apresentar defesa em 24 horas, ou para depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, elidindo a falência, não é inepta.

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, 17 de junho de 1999. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Carreira Machado* - Conheço do recurso, presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade.

A questão *sub judice* limita-se à inépcia ou não da inicial do pedido de falência que contém pedidos cumulados, para citar o réu, ou para apresentar defesa em 24 horas, ou para depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, elidindo a falência.

A inicial de pedido de falência que contém pedidos cumulados nos termos expressos acima não é inepta.

Entender o contrário é exceder em formalismo em detrimento da instrumentalidade das formas processuais e da economia processual, haja vista que o pedido é claro e contém todos os requisitos necessários ao seu deferimento, à defesa da ré e conseqüente prosseguimento do processo em seus ulteriores termos.

Assim, ora prima-se pela prestação jurisdicional, relevando os excessos de formalismo, que colidem com os princípios da instrumentalidade das formas e economia processual, que

orientam e informam o Direito Processual pátrio, condizentes com as necessidades de célere e eficiente aplicação da lei aos casos concretos hipoteticamente previstos.

Ademais, apesar de tecnicamente a citação do devedor efetuar-se para que o mesmo apresente defesa em 24 horas, é a própria Lei de Falências que, em seu § 2° do artigo 11, faculta ao devedor o depósito elisivo da falência.

Portanto, a inicial de falência que contém pedidos, para citar o réu, ou para apresentar defesa em 24 horas, ou para depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, elidindo a falência, não é inepta por tal motivo.

Esse o entendimento jurisprudencial que corrobora nosso entendimento:

"(...) a inicial contém todos os fundamentos necessários ao pedido de falência a que se propõe.

Inegavelmente, prende-se o douto Magistrado sentenciante a um formalismo, que em nada serve à necessária celeridade da justiça.

Com clareza bastante, sabe-se que o pedido é de falência da devedora inadimplente, instruído com título hábil, devidamente protestado como manda a lei.

O excesso contido no pedido não prejudica seu entendimento.

O equívoco no pedido de citação para elisão do débito, e não para oferecimento de defesa, é desinfluente, bastando que da ação constem os fatos e sua comprovação para que o juiz possa aplicar corretamente a lei (*da mihi factum, dabo tibi jus*).

A intenção da autora, de pretender a falência da requerida é manifestada no pedido, apenas excedendo ao pedir a citação da apelada para valer-se da prerrogativa que lhe outorga o art. 11, § 2°, da Lei n° 7.661/45, assim expresso:

'§ 2°. Citado, poderá o devedor, dentro do prazo para defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão da sua legitimidade ou importância, elidindo a falência'.

Em verdade, embora não caiba ao autor requerer a citação do devedor para elidir o débito, mas tão-somente para oferecer defesa contra o pedido, a faculdade elisiva é deferida na lei de regência ao requerido, não constituindo o excesso prejudicialidade tal, determinante de inépcia da inicial". (TJMG - Apel. Cível n° 88.419/7, data de julgamento: Belo Horizonte, 12 de junho de 1997 - Desembargador Relator: Corrêa de Marins.)

Essa é também a posição exarada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, vejamos:

"Inicial que não se apresenta inepta. Pedido de pagamento do débito formulado alternativamente ao pedido de declaração da falência. Procedimento justificado pela dicção do art. 11, § 2°, da Lei de Falências. Divergência jurisprudencial inocorrente. - Não é inepta a inicial que pleiteia o depósito do valor do débito em 24 horas, ou a declaração da falência, decorrendo esse procedimento da dicção do art. 11, § 2°, da Lei de Falências". (STJ - REsp n° 78.658-SP - *DJ* de 01/03/1999, p. 317 - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.)

Diante de tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença recorrida e deferir a inicial do pedido de falência, devendo o processo prosseguir em seus ulteriores termos.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Almeida Melo e Bady Curi.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.





-:::-

**RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTIGO 37, § 6°, DA CF - ACIDENTE DE TRÂNSITO - BURACO NA PISTA - INDENIZAÇÃO - VALORES NÃO IMPUGNADOS - AGRAVO RETIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - MOEDA NÃO MAIS VIGENTE - DENEGAÇÃO**

**- O engano no pedido de indenização firmado em moeda não mais vigente no País à época da propositura da ação não é causa de extinção do processo, visto que possível a sua conversão, a qualquer momento, em moeda de curso forçado, feitos os necessários e correspondentes cálculos, sendo de se negar provimento ao agravo retido que assim pretendia.**

**- Demonstrando o autor o nexo entre a lesão e o ato da Administração, daí emergindo inclusive a culpa pelo evento danoso, cabível é a indenização.**

**- Nos termos do § 6° do art. 37 da CF, aplicável a teoria do risco administrativo ante a ausência de prova de culpa da parte, bem como de evento tipificador de força maior, devendo-se reconhecer e proclamar a responsabilidade civil objetiva da Administração, ante o nexo causal entre o acidente de trânsito e a falta de serviço na conservação da estrada.**

**- Não sendo impugnados os valores pedidos e estando aqueles comprovados pela documentação, devem os mesmos ser aceitos para fins de condenação, observando-se a conversão monetária e a incidência dos juros legais e da correção monetária.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 146.353/8 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Evento ocasionado por buraco na pista - Responsabilidade objetiva do réu (DER) na conservação da estrada - Existência de nexo causal entre o acidente e a falta de serviço - Inteligência do art. 37, § 6º, CF - Procedência do pedido.

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 AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 13 de maio de 1999. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Hugo Bengtsson* - Conheço do processo, em reexame necessário, cuidando-se de vencida uma autarquia estadual (art. 10, Lei nº 9.469/97), apesar de não determinada a remessa, bem como do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Geraldo Afonso do Sacramento, em face de acidente ocorrido com seu veículo, contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, julgada procedente, como consta do relatório.

*Agravo retido* (fls. 40-v.).

Dele conheço, em face de expresso pedido manifestado em razões de apelação (fls. 175), como preliminar.

Insurge-se a autarquia demandada contra interlocutória que afastou preliminar de extinção do processo, porque o autor estaria pedindo indenização em moeda não mais vigente no País, à época da propositura da ação.

Evidente, *data venia*, o engano, já que possível sua conversão, a qualquer momento, em moeda de curso forçado, feitos os necessários e correspondentes cálculos.

É de se ver que, hoje, o padrão monetário já é outro.

Não é causa de extinção do processo, a toda evidência.

Nego provimento ao interposto agravo retido.

*Mérito.*

No dia 20 de fevereiro de 1993, por volta das 20h 30m, trafegava o autor, em seu veículo Santana, pela Rodovia MG-114, no sentido do entroncamento MG-308, para Minas Novas,





quando, à altura do km 10, se precipitou em um buraco existente na pista de rolamento, ocasionando danos materiais no veículo e físicos no condutor e nos passageiros.

Do registro de ocorrência lavrado pelo Sd-PM Gilvaldo Soares Lopes, consta que havia buraco ou valeta no leito carroçável da estrada, com sinal de advertência, em reta e aclive, com existência de variante/desvio, sendo o acostamento impraticável (fls. 09).

Aliás, ele próprio descreve os fatos (fls. 11), assim:

"Sr. Delegado. O veículo transitava pela MG-114, no sentido entroncamento MG-308 para Minas Novas. À altura do km 10 o seu condutor não observou a sinalização, caindo num buraco onde o asfalto cedeu. O veículo ficou com a frente e o teto totalmente danificados.

As vítimas foram socorridas no Hospital Municipal de Minas Novas...".

As testemunhas inquiridas, especialmente as de fls. 112 e 113, dão notícia da existência de placa ou placas de advertência referentemente ao buraco que tomava cerca de 75% da pista de rolamento, uma verdadeira cratera. Todavia, atestam sua precariedade.

O militar da ocorrência, prestando depoimento (fls. 120), apesar de confirmar a presença, no local, de três ou quatro placas de advertência bem visíveis, termina por esclarecer:

"que se o motorista do carro acidentado estivesse atento, certamente ele veria a sinalização; que o fato pode ter ocorrido também em razão das fortes chuvas que caíram naquela região no dia do acidente, pois, embora sinalizado o local, outros dois veículos também se acidentaram no mesmo buraco; que, após os acidentes, a Polícia Rodoviária conseguiu uma pá carregadeira na Prefeitura de Minas Novas e colocou um monte de terra nos dois sentidos da pista, em frente ao buraco, para impedir novos acontecimentos".

Se placas de advertência existiam, evidentemente eram tão precárias que não se prestaram ao fim desejado, tanto que somente depois de três acidentes é que se bloqueou a estrada, nos dois sentidos, com montes de terra.

As fotografias de fls. 25 bem retratam o estado da rodovia e o perigo que oferecia, principalmente à noite e com chuvas, como foi o caso *sub judice*.

Sem dúvida, demonstrou o autor o nexo entre a lesão e o ato da Administração.

Daí emerge mesmo a culpa da Administração Pública pelo lamentável evento danoso.

Ademais, nos termos do § 6º do art. 37 da CF, "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa".

Aplicável, pois, na espécie, a teoria do risco administrativo. E, ante a ausência de prova de culpa do apelado, bem como de evento tipificador de força maior, é de se reconhecer e proclamar a responsabilidade civil do apelante, conforme bem sustentou o MM. Juiz sentenciante.

É a responsabilidade objetiva da Administração.

Responsabilidade é a sanção imposta pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica. A responsabilidade civil, sabemos, é aquela que se preocupa com a reparação dos danos patrimoniais. O seu objetivo é recompor a situação econômica da vítima de um ato danoso.

A responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados pelos seus órgãos ou funcionários no exercício de suas funções públicas, oferecendo rico conteúdo doutrinário, partindo do conceito da irresponsabilidade absoluta, passando pela culpa administrativa do preposto, hoje tem consagrado, em nosso direito, a teoria do *risco integral* ou da responsabilidade objetiva.

Assim:

*A do risco integral*, pela qual cabe indenização estatal de todos os danos causados por comportamentos comissivos dos funcionários a direitos de particulares. O risco é o fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamentos administrativos comissivos, exigindo-se tão-somente *nexo causal entre a lesão e o ato*, ainda que regular, do agente do Poder Público. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação da existência do prejuízo" (MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, 7º v., 1984, Saraiva, p. 413).

Daí se vê que, nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se liberará do dever ressarcitório se faltar o nexo entre o ato omissivo ou comissivo e o dano, isto é, se não causou a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco a ele inculcada não existiu ou foi irrelevante para produzir o prejuízo.

Ao exame da questão, por outro lado, podemos concluir com CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 11ª ed., 1989, p. 292):

"São pois pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação deste a um comportamento comissivo ou omissivo seu. É o chamado nexo de causalidade".

Incontroversamente, pois:

"Responsabilidade civil. Danos produzidos por agentes públicos. Teoria do risco administrativo. - A prova do dano causado pelo agente público e o nexo causal entre a ação do agente e os danos caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público" (*RSTJ*, 58/396, Rel. Min. Garcia Vieira).





Aliás, nesse mesmo sentido tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal (*RT*, 688/231).

Além do mais:

"... Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Evento ocasionado por buraco na pista. Responsabilidade objetiva do réu (DER) na conservação da estrada. Confirmação pela prova testemunhal, da existência do nexo causal entre o acidente e a falta do serviço que deveria prestar o recorrido. Interpretação do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal...". (1º TACivSP, Proc. nº 00613199-8/00. Cf. *JUIS* - CD-ROM nº 15, 1º trim./99.)

Outrossim, os valores pedidos não foram impugnados em face da documentação apresentada. Indiscutivelmente, as despesas efetuadas com reboque e as hospitalares estão claras e determinadas, como pondera o culto Dr. Procurador de Justiça, perfazendo um total de Cr$5.600.000,00 (cinco milhões e seiscentos mil cruzeiros - moeda da época), como se vê da documentação de fls. 12, 13 e 22, nos valores respectivos de Cr$3.600.000,00, Cr$500.000,00 e Cr$1.500.000,00.

Quanto aos danos causados ao veículo, apesar de ter juntado documentos relativos a orçamentos (fls. 14/21), deu-se por satisfeito ao pedir uma indenização total na ordem de Cr$6.861.000,00 (seis milhões, oitocentos e sessenta e um mil cruzeiros) (fls. 03).

Deve ser aceito, em conseqüência.

Sem dúvida, feita a necessária conversão monetária, há incidência de correção monetária, com incidência de juros legais, como fixados. Bem dosada, ainda, foi a verba honorária.

É de se destacar, outrossim, a inaplicabilidade da invocada Súmula nº 255 do STF, cuidando-se de responsabilidade extracontratual (cf. *RSTJ*, 104, fls. 357). Seria a partir do evento (Súmula nº 54-STJ). Como não houve recurso por parte do autor, há de prevalecer o *dies a quo* como sendo o da citação inicial.

Com estas razões de decidir, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Cláudio Costa e Campos Oliveira.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMÓVEL COMUM - FINANCIAMENTO - RESIDÊNCIA DA VAROA E FILHOS - QUITAÇÃO - EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO - ALIENAÇÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE**

**- Convencionando as partes, na separação, que a mãe e os filhos continuem a residir em imóvel financiado pertencente ao casal, com responsabilidade do varão pelo pagamento das prestações junto ao agente financeiro até a exaustão da dívida, ocorrendo a quitação, pode ele, a qualquer tempo, pleitear a respectiva divisão e conseqüente extinção condominial, promovendo a alienação judicial do mesmo, mormente quando se tem que ninguém é obrigado a permanecer em condomínio, e a lei, para tanto, fixa o prazo máximo de 5 (cinco) anos (art. 629, parágrafo único, do Código Civil).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 146.406/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial:

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, 14 de setembro de 1999. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - Trata-se de apelação interposta por Antônio Lau Pinto contra sentença que julgou improcedente pedido formulado pelo mesmo em ação de extinção de condomínio aforada contra sua ex-mulher, Gerci de Assis Lau, em que o autor objetiva a venda do imóvel único adquirido na constância do seu casamento com a ora apelada, de quem, hoje, se acha legalmente separado.

Em suas razões recursais, em apertada síntese, o apelante sustenta que a sentença está a negar vigência ao dispositivo dos arts. 629 e 632 do CCB, que limita em 05 (cinco) anos o estado da indivisão entre condôminos, não podendo o imóvel objeto da lide permanecer em condomínio enquanto viverem mulher e filhos.

Sustenta, mais, que não se convencionou, quando do acordo levado a efeito na separação, que o apartamento em questão se destinava à residência de sua ex-esposa e filhos, mas que os mesmos continuariam a nele residir até quitação final para com o agente financeiro.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido de se dar provimento ao recurso.

Conheço do recurso.

Examinando-se atentamente o *decisum* objurgado, verifica-se que o seu ilustre Prolator, ao dar pela improcedência do pedido inicial, fê-lo sob dois fundamentos, quais sejam:

a) *o imóvel encontra-se financiado pela Caixa Econômica Federal, a qual interveio no feito, afirmando a impossibilidade de anuir com a venda, em razão de não ser viável a sub-rogação da dívida decorrente do contrato de financiamento*;

b) *que o imóvel, desde a separação do casal, destinou-se à residência da mulher e dos filhos do casal, como forma de abrigá-los e proporcionar-lhes um teto, durante sua vida.*

O primeiro fundamento rui por terra ao se levar em conta que, efetivamente, o autor-apelante se propõe a quitar, antes da hasta pública, todo o débito existente para com o agente financeiro, Caixa Econômica Federal. Com isto, a toda evidência, ao se realizar a alienação judicial do imóvel, não haverá mais que se falar em credor hipotecário, por inexistir, então, débito.

Destarte, considerando que a alienação somente ocorrerá após a liberação do imóvel do ônus hipotecário que hoje lhe pesa, desnecessária se faz a presença nos autos da CEF, porquanto a objeção desta somente teria sentido na hipótese de a alienação judicial se realizar sem que estivesse, ou venha a estar, na ocasião adequada, o imóvel livre de quaisquer encargos.

Vê-se, destarte, que o primeiro fundamento invocado no *decisum* pelo MM. Juiz de primeiro grau não tem razão de ser, haja vista que a praça somente viria a ocorrer após inexistir mais débito decorrente do financiamento para aquisição do imóvel.

O segundo fundamento sentencial se assenta na assertiva de que o imóvel objeto da lide foi instituído como residência da família, não podendo, destarte, ser alienado enquanto dele necessitarem a ex-esposa e os filhos do apelante.

Tenho para mim que também com relação a esse segundo fundamento razão não está a socorrer à apelada.

Com efeito, como invocado pelo apelante, a lei que rege a espécie (arts. 629 e seguintes do CCB) dispõe que os condôminos poderão acordar que a coisa fique indivisa por tempo não superior a 5 (cinco) anos, inobstante susceptível de prorrogação, sendo que toda vez que se convencionar acerca da indivisão por prazo mais elástico, entender-se-á que o estado da indivisão foi estabelecido por 5 (cinco) anos.

Segundo SÍLVIO RODRIGUES, citado à fl. 98 pelo Dr. Ivan S.T. Merhi, Procurador de Justiça, "*é a regra tradicional de ninguém ser obrigado a permanecer em condomínio*", deferindo "*ao comunheiro o direito de exigir, a qualquer tempo, a divisão da coisa comum*" (*Direito Civil*, v. V, Ed. Saraiva, 1996, p. 193).

Acrescenta, mais à frente, o mesmo autor que "o preceito é de ordem pública e o legislador - que encara sempre a comunhão como situação transitória e inconveniente - proíbe que se ajuste a indivisão por mais de cinco anos (art. 629, parágrafo único) e presume, *juris et de jure*, que, se a indivisão for condição estabelecida pelo doa-

dor ou testador, ela o é somente por qüinqüênio" (ob. cit., p. 193).

Na verdade, o que as partes convencionaram no processo de separação é que os filhos e a mãe continuariam a residir no imóvel e que o apelante se responsabilizaria pelo pagamento das prestações junto ao agente financeiro, até a exaustão da dívida, de modo que, ocorrendo a quitação, pode o mesmo, a qualquer tempo, pleitear a respectiva divisão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## GUARDA DE MENOR - MODIFICAÇÃO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - ALIMENTOS - REDUÇÃO - TRANSFERÊNCIA DE UM DOS FILHOS PARA A CASA PATERNA - IMPOSSIBILIDADE

**- Revelando a prova produzida nos autos, através de estudo psicológico e social, respaldado pela prova testemunhal, que a mãe dos menores é inteiramente dedicada aos mesmos, zelando pela sua saúde e educação, tendo condições de suprir as suas necessidades orgânicas e psíquicas, e que os filhos manifestam desejo de continuar na companhia da mesma, sem preocupação de magoar o pai, é de se indeferir o pedido deste de modificação da guarda.**

**- O aumento, a redução ou a isenção de pensão, em princípio, só se justifica em face da prova na mudança da fortuna de quem a supre e na de quem a recebe e, não sendo feita tal prova, descabe promover a alteração dos alimentos, não servindo a circunstância do afastamento de um dos filhos da companhia materna para a conclusão da diminuição do valor da pensão alimentícia, porque as despesas gerais de uma casa não diminuem com a saída de apenas um dos seus membros.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.096/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Modificação da guarda de filhos - Redução de pensão relativa a um dos filhos que se desprendeu da companhia materna - Inadmissibilidade. - A modificação de guarda de filhos, relativa apenas a um deles, não justifica redução no valor da pensão arbitrada para todos, pois as despesas gerais de uma casa não diminuem com a saída de apenas um dos





três filhos do ex-casal. Sentença reformada em parte.

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 AO RECURSO PRINCIPAL E DÁ-LO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Quanto ao recurso principal de apelação, alega o apelante, em suas razões, que a sentença deve ser reformada, porque ficou provado que a mãe dos menores não propicia a eles ambiente sadio, não recebendo eles respeito e segurança, e que o convívio da mãe com o seu amante põe em risco a formação e a integridade física dos mesmos; e que seja mantida a pensão dos menores em 1/2 salário mínimo, já que a filha R. passou a conviver em companhia do apelante.

Não lhe assiste razão, *data venia*.

A prova produzida nos autos, através do estudo psicológico de fls. 36-TJ e do estudo do serviço social de fls. 39-TJ, com o devido respaldo da prova testemunhal de fls. 58 a 68-TJ, revela com clareza absoluta que a mãe dos menores é inteiramente dedicada aos mesmos, zelando pela sua saúde e educação e em condições de suprir as suas necessidades orgânicas e psíquicas, e que os filhos R. e T. manifestam desejo de continuar na companhia de sua mãe, desejo que manifestam sem a preocupação de magoar o pai, ora apelante, por quem eles têm, também, apreço e consideração.

É certo que há prova nos autos de que o amante da mãe dos menores, de quando em quando, promove horas festivas na casa da apelada, levando para ali amigos e amigos, e, às vezes, o som dos festejeiros vai até alta noite.

Ora, mas isso não significa o desleixo da mãe pelos filhos, a comprometer a formação educativa e moral dos mesmos, valendo observar que, pela prova realizada nos autos, até a própria filha R., mesmo já convivendo na companhia do pai, ali aparece para participar dos festejos.

Uma coisa é o som perturbar o sossego da vizinhança; outra, é a mãe não cuidar bem dos filhos, velando pela sua saúde, pela sua educação e pela sua boa formação moral, fatos que, na verdade, não ficaram comprovados nos autos, tanto assim que os filhos se sentem bem e satisfeitos sob a guarda da mãe, manifestando desejo de continuar em tal companhia.

Por outro lado, no que tange à pensão, não lhe assiste razão também,

quando pleiteia que seja mantida a pensão arbitrada na sentença de fls. 101 a 103-TJ, no valor de 1/2 salário mínimo, pelos mesmos fundamentos que adoto no julgamento do recurso adesivo, interposto pela apelada, mãe dos menores.

No que tange à pretensão da recorrente adesiva, no sentido de que seja mantida a pensão de 2/2 salários mínimos, estabelecida, por acordo, no processo da separação litigiosa, tenho que lhe assiste razão.

Exame superficial de tal questão poderia levar ao equivocado entendimento de que, passando a filha R. para a guarda do apelante, seu pai, isso deveria influir no valor da pensão, até então estabelecida, para reduzi-la de 1/3.

Ora, em princípio, o aumento, a redução ou a isenção de pensão só se justificam em face da prova na mudança da fortuna de quem a supre e na de quem a recebe (art. 401, do CC) e, com relação a tal aspecto, não se fez qualquer prova nos autos.

Por outro lado, a egrégia Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, julgando caso semelhante ao dos autos, nos Embargos Infringentes à Apelação nº 73.631, proferiu acórdão, cuja ementa é a seguinte:

"Alimentos. Revisão. Afastamento de um dos filhos da companhia materna. Redução da pensão. Impossibilidade. - O afastamento de um dos filhos da companhia materna não pode acarretar a diminuição do valor da pensão alimentícia, pois as despesas gerais de uma casa não diminuem com a saída de apenas um dos membros da família".

Consta do voto do eminente Des. Bady Curi:

"Mas a circunstância, a meu ver, está a desaconselhar, também, a reforma da sentença para decotar 1/5 da pensão que vinha sendo paga, ao raciocínio, que me parece falso, de que a mãe passou a economizar, no orçamento doméstico, na mesma proporção numérica que ocupava no grupo familiar o filho que saiu da casa" (*Revista dos Tribunais*, v. 664, p. 137).

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação e provejo o recurso adesivo, para que seja mantida a pensão de 2/2 salários mínimos, estabelecida por acordo, no processo da separação litigiosa.

Custas, pelo apelante.

Participaram do julgamento os Desembargadores Campos Oliveira e Aluízio Quintão.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

-:::-

## SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - CARTÓRIO DE NOTAS - SERVIÇO PÚBLICO - SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - INEXISTÊNCIA - PERSONALIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA - CADASTRAMENTO FISCAL - INEXIGIBILIDADE





**- Sendo a atividade notarial de foro extrajudicial um serviço público exercido por delegação e fiscalizado pelo Estado, não possuem os cartórios de notas personalidade jurídica capaz de figurar no pólo passivo da obrigação fiscal, não estando submetidos ao pagamento de tributo e nem à cobrança de taxa de licenciamento, pelo que é de todo ilícito exigir-se-lhes o cadastramento fiscal de pessoa jurídica.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.221/6 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Embargos à execução - Serventia extrajudicial - Serviço público - Ausência de personalidade jurídica - Inexigibilidade de cadastramento fiscal. - Sendo o cartório de notas um serviço público, exercido por delegação e fiscalizado pelo Estado, não está sujeito a cadastramento fiscal, por ser desprovido de personalidade jurídica própria.

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 MANTER A SENTENÇA NO REEXAME, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 1999. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* - Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

A ação executiva da qual deriva a presente incidental de embargos busca haver do Cartório do Nono Ofício de Notas da Comarca de Belo Horizonte, do qual é titular a apelada, multa penal lançada por omissão, por haver deixado aquela serventia de se inscrever no cadastro fiscal - pessoa jurídica, no exercício de 1992.

Ocorre que, sendo a serventia um serviço público, cujo exercício de titularidade é delegado ao notário pelo Estado, não possui ela a necessária personalidade jurídica capaz de figurar no pólo passivo da obrigação fiscal exigida pela apelante.

Confira-se o disposto da Lei nº 8.935/94, aqui transcrito *ipsis litteris*:

"Art. 3º. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

Logo, a CDA exeqüenda não possui sujeito passivo capaz de figurar no pólo passivo da demanda, nem está obrigada à inscrição no Cadastro Mobiliário Municipal, eis que desprovida de personalidade jurídica.

Ademais, sendo a atividade

notarial de foro extrajudicial de natureza essencialmente pública, criada por lei e fiscalizada pela Administração estatal, cuja titularidade é delegada, não está submetida ao pagamento de tributo e nem à cobrança de taxa de licenciamento, pelo que é de todo ilícito exigir-se-lhe o cadastramento pretendido, de cuja omissão se origina o pretendido débito em cobrança.

Nesta conformidade, em reexame necessário, mantenho a sentença, dando por prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro e Carreira Machado.

*Súmula* - MANTIVERAM A SENTENÇA NO REEXAME, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

-:::-

## TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E IPTU - BASE DE CÁLCULO - INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE - RENOVAÇÃO - EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA - NECESSIDADE

**- A área ocupada pelo estabelecimento comercial constitui a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, porquanto, a par de ser constitucional, corresponde perfeitamente a uma base de cálculo própria de taxa, permitindo dimensionar a atuação estatal, atendendo ao caráter de contraprestação do referido tributo. Quanto maior for a área ocupada pela empresa no exercício de suas atividades, maior será a atuação municipal na sua fiscalização.**

**- Não há coincidência entre a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento com a do Imposto Predial e Territorial Urbano, vez que, quanto a este, a área é tão-somente um dos vários subelementos utilizados para se determinar o valor venal do imóvel, que é a base de cálculo própria para quantificar o imposto em referência, permitindo auferir a capacidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária.**

**- Indispensável a efetiva materialização do poder de polícia para o surgimento da obrigação tributária pela renovação da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.537/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Mandado de segurança - TFLF e IPTU - Inexistência de identidade de base de cálculo - Ausência do efetivo poder de polícia impede a cobrança da renovação anual da TFLF. - A área ocupada pelo estabelecimento comercial (base de cálculo da TFLF) corresponde perfeitamente a uma base de cálculo própria de taxa, pois permite dimensionar a atuação estatal. Também não há coincidência com a base de cálculo do IPTU, pois a área é apenas um dos vários subelementos utilizados para determinar o valor venal do imóvel. - Indispensável a efetiva materialização do poder de polícia para o surgimento da obrigação tributária de recolhimento da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento.





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 PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 1999. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - O Sindicato dos Escritórios de Contabilidade, Auditoria e Perícias de Minas Gerais - SINESCONTÁBIL/MG - impetrou mandado de segurança coletivo e preventivo contra ato imputado ilegal e abusivo do Secretário Municipal da Fazenda e do Prefeito Municipal de Belo Horizonte, consubstanciado na exação de Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento (art. 21, da Lei nº 5.641, de 28/12/89, com redação dada pela Lei nº 6.809/94), bem como na cobrança de sua renovação.

Insurge-se o impetrante contra as referidas exações, aduzindo dois argumentos: a) coincidência de bases de cálculo entre a TFLF e o IPTU; b) inocorrência do efetivo exercício do poder de polícia, fato gerador da renovação da taxa.

À fl. 43, a liminar foi negada.

O MM. Juiz *a quo* houve por bem excluir da lide o Prefeito Municipal de Belo Horizonte, ao argumento de que não está entre as atribuições deste a determinação ou a execução do ato impugnado. Quanto ao Secretário Municipal da Fazenda, concedeu a segurança pleiteada, acatando os argumentos constantes na inicial.

Em apelação, a Fazenda Pública municipal sustenta inocorrência de identidade entre as bases de cálculo dos dois tributos (TFLF e IPTU). Alega que a metragem da área ocupada pelo contribuinte no exercício de sua atividade, base de cálculo da taxa sob exame, constitui apenas um dos vários elementos utilizados para se determinar o valor venal do imóvel, base de cálculo do IPTU (art. 33 do CTN). Quanto à necessidade do efetivo poder de polícia para a cobrança da renovação, entende que o simples fato de dis-

por de órgão fiscalizador já é suficiente para a configuração da efetividade da atuação estatal.

O recurso, que acompanha a remessa necessária (art. 475, II, CPC), foi devidamente contra-arrazoado à fl. 106-v.

A douta Procuradoria de Justiça opinou, em reexame necessário, pela reforma da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Conheço, em reexame, da matéria devolvida à instância *ad quem*.

A primeira questão que deve ser analisada, refere-se à ocorrência ou não de identidade de base de cálculo entre a Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento (TFLF) e o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

Para uma melhor exposição de nosso ponto de vista, faz-se necessária uma breve incursão sobre a função da base de cálculo na obrigação tributária. Além de significar a "*descrição legal de um padrão ou unidade de referência que possibilite a quantificação da grandeza financeira do fato tributário*" (definição de Aires Barreto), a base de cálculo permite que se identifique o gênero jurídico do tributo, ou seja, se este está ou não vinculado a uma atuação do sujeito ativo da obrigação.

A taxa é um tributo vinculado, sendo sua hipótese de incidência uma determinada atividade estatal suscetível de ser individualizada, relativamente a determinada pessoa. Daí por que a fixação do montante não poder levar em conta circunstâncias inerentes à pessoa ou aos bens do obrigado (que são hipótese de incidência de imposto), mas só circunstâncias atinentes à atividade em si mesma, por ser ela, e não outra coisa, a hipótese de incidência da obrigação correspondente às taxas. Resulta, portanto, indiscutível que a base de cálculo das taxas deve estar relacionada com sua hipótese de incidência (a atividade vinculante), assim como nos impostos tal base de medição se conecta a situação relativa ao sujeito passivo (capacidade econômica do contribuinte), a seus bens ou atividades que são consideradas hipóteses de incidência pela lei. Em conseqüência, tais critérios de graduação levarão em conta uma série de aspectos relativos à atividade que o Estado desenvolve e ao serviço que resulta prestado como conseqüência da atividade.

A Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento instituída pelo Município de Belo Horizonte, através da Lei nº 5.641/89 e regulamentada pelo Decreto nº 6.481/90, tem como base de cálculo valores determinados em função da *área ocupada pelo estabelecimento comercial*. Parece-me, portanto, que *corresponde perfeitamente a uma base de cálculo própria de taxa, pois permite dimensionar a atuação estatal*, atendendo ao caráter de contraprestação do referido tributo. Quanto maior a área ocupada pela empresa no exercício de suas atividades, maior será a atuação municipal na sua fiscalização.





Por outro lado, o Imposto Predial e Territorial Urbano tem como base de cálculo o *valor do imóvel*, conforme determinação do art. 69 da Lei Municipal nº 5.641/89. Segundo o art. 70 da referida lei, este valor será determinado em função de vários elementos e subelementos, tomados em conjunto ou separadamente:

"Art. 70. (...):

I - preços correntes das transações no mercado imobiliário;

II - zoneamento urbano;

III - características do logradouro e da região onde se situa o imóvel;

IV - *características do terreno como*:

*a) área*;

b) topografia, forma e acessibilidade;

V - características da construção como:

*a) área*;

b) qualidade, tipo e ocupação;

c) o ano da construção;

VI - os custos de reprodução" (grifei).

Vê-se que a *área é um dos vários subelementos utilizados para determinar o valor do imóvel*, que é a base de cálculo escolhida pelo legislador para quantificar o tributo devido (IPTU). Também perfeitamente adequada, pois *corresponde a uma base de cálculo própria de imposto, permitindo auferir a capacidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária.*

Outro ponto a ser tratado diz respeito à necessidade ou não da efetiva atuação estatal para ser validada a cobrança da renovação da TFLF.

Pela sistemática adotada no direito brasileiro (inciso II do art. 145 da CF e arts. 77 a 79 do CTN), as taxas podem ser de duas espécies: taxas de polícia ou taxas de serviço. Essas últimas originam-se da *utilização efetiva ou potencial* de serviços específicos e divisíveis prestados ao contribuinte. Já as taxas de polícia decorrem da necessidade do exercício do poder de polícia, realizado de forma *efetiva* e em razão do interesse público.

Pela própria natureza das taxas, o ente público deve efetivamente exercer a atividade que origina a cobrança do tributo. Em se tratando de taxas de serviço, cuja utilização pelo sujeito passivo pode ser potencial, a alegação de que existe órgão destinado à prestação do serviço é plausível. Entretanto, no caso das taxas de polícia, o fato de a Municipalidade possuir um órgão próprio para a fiscalização, por si só, não permite exigir o pagamento desta, se não comprovar ter realizado a atividade descrita como hipótese de incidência da cobrança.

A Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento é uma típica taxa de polícia e tem sua hipótese de incidência descrita no art. 18 da Lei nº 5.641/89. Se o contribuinte não alterou sua localização ou o seu funcionamento, se não houve nenhuma visita dos fiscais ao local para realizar as conferências ordinárias ou a pedido, então, de rigor, inexiste pressuposto para a cobrança da taxa anual de "renovação", sendo ilegítima a sua exigência por falta de efetiva contraprestação e de materialização do poder de polícia.

Tive o cuidado de informar-me junto aos fiscais da Prefeitura de Belo Horizonte sobre a maneira como é documentada a fiscalização que acarreta a renovação da taxa ora tratada. Certifiquei-me de que a Prefeitura mantém registros das vistorias realizadas por seus fiscais. Assim, intentando cobrar a renovação da referida taxa, cabe a ela o ônus de demonstrar a ocorrência do fato gerador, não sendo aceitável a alegação de que a cobrança é devida pelo simples fato de ter pessoal e órgão encarregados de realizar a fiscalização.

Por essas razões, modificando meu posicionamento anterior sobre a questão, e em reexame, reformo parcialmente a sentença, para o efeito de considerar constitucional a cobrança da TFLF, tendo como base de cálculo a área do imóvel, mantendo a decisão no capítulo referente à renovação da taxa, que só se fará exigível caso a Municipalidade comprove o efetivo exercício do poder de polícia, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, meio a meio, estando a Fazenda sob isenção legal.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - De acordo.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*Súmula* - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - TRANSPORTE DE MERCADORIAS INDUSTRIALIZADAS DESTINADAS AO EXTERIOR - HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA - REGULAMENTAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA - PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - CIRCULAÇÃO INTERNACIONAL - OPERAÇÃO UNA - DISTINÇÃO PELO LEGISLADOR - INEXISTÊNCIA - SÓCIOS-GERENTES - PROPOSITURA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - ART. 155, INCISO X, ALÍNEA *A*, DA CF/88 - INTELIGÊNCIA**





**- Possuindo os sócios-gerentes a qualidade de devedores solidários, têm os mesmos legitimidade ativa *ad causam* para, isoladamente, ou em conjunto, oferecer embargos à execução, mesmo que a penhora não tenha recaído sobre seus bens.**

**- A operação de transporte de mercadorias industrializadas feita entre países cuja saída do produto se inicie em território brasileiro e se finde no exterior não se encontra no âmbito de incidência do ICMS, ante a ausência de expressa regulamentação legal.**

**- A circulação internacional de produtos industrializados constitui uma operação una e indivisível, não abrangida pela hipótese de incidência do ICMS, não se cindindo, assim, em duas etapas distintas, a primeira, consistente no transporte das mercadorias realizadas entre os Estados da Federação, e a segunda, compreendendo a saída do produto da última cidade brasileira fronteiriça e o porto estrangeiro de destino, pois que o legislador constituinte não fez tal distinção (art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF/88).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.685/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: ICMS - Hipótese de não-incidência - Transporte internacional - Mercadorias industrializadas - Ausência - Regulamentação legal. - A operação de transporte de mercadorias industrializadas feita entre países cuja saída do produto se inicie em território brasileiro e se finde no exterior não se encontra no âmbito de incidência do ICMS, ante a ausência de expressa regulamentação legal. A circulação internacional de produtos industrializados constitui uma operação una e indivisível, não abrangida pela hipótese de incidência do ICMS, não se cindindo, assim, em duas etapas distintas, a primeira, consistente no transporte das mercadorias realizado entre os Estados da Federação, e a segunda, compreendendo a saída do produto da última cidade brasileira fronteiriça e o porto estrangeiro de destino, pois que o legislador constituinte não fez tal distinção.

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 A PRELIMINAR E MANTER A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes*

*Carneiro* - A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, inconformada com a r. sentença de fls. 79/82-TJ, pela qual se julgaram procedentes os embargos opostos à execução fiscal ajuizada em face de Transporte Sideral S/A, interpõe o presente recurso de apelação, suscitando, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos sócios-gerentes para o ajuizamento dos embargos, posto que estes não tiveram seus bens constritados, recaindo a execução somente sobre bens da empresa, razão pela qual deveria a sentença ser reformada neste particular; e, quanto ao mérito, que se mostra equivocado o entendimento de que, em razão de as mercadorias transportadas se destinarem à exportação, seria incabível a incidência de ICMS sobre a prestação de serviço de transporte interestadual, posto que a incidência se assenta justa e exclusivamente nesta prestação, e não sobre a operação de circulação de mercadorias destinadas ao exterior, que configura hipótese bastante distinta e, como tal, tributável; que o constituinte afastou do campo de incidência do ICMS tão-somente as operações que destinarem ao exterior produtos industrializados ou semi-elaborados definidos em lei complementar; e que o termo "operações", constante do art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF, não possui o alcance pretendido pela ilustre Magistrada singular, ao contrário, cinde-se em duas etapas distintas, a primeira, referindo-se apenas ao transporte interestadual das mercadorias, e a segunda, à remessa dos produtos ao exterior através da última cidade brasileira fronteiriça.

Contra-razões às fls. 95/108-TJ, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A d. Procuradoria de Justiça, lastreada no enunciado da Súmula nº 189 do STJ, deixou de emitir parecer nos autos.

Conheço do recurso voluntário, presentes os requisitos de admissibilidade, a despeito da remessa necessária.

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* dos sócios-gerentes, sem razão a apelante na sua argüição, pois inobstante filiar-me ao entendimento de que o atraso no pagamento do tributo não configura infração da lei passível de responsabilização dos sócios com poderes de mando, nos termos do que dispõe o art. 35, III, do CTN, é certo que, possuindo os referidos sócios a qualidade de devedores solidários, o que é reconhecido pelo próprio Fisco, já que seus nomes constam expressamente da CDA inserta nos autos da execução fiscal em apenso, poderão, isoladamente, ou em conjunto, oferecer embargos à execução, em que pese ao fato de que a penhora não tenha recaído sobre seus bens.

Destarte, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre o apelante voluntário, porquanto, sobre a operação de transporte de mercadorias industrializadas destinadas ao exterior, não há incidência de ICMS, ante a ausência de expressa previsão legal, na medida em que o art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF, somente cuidou das operações que se iniciem no exterior, e não daquelas que tenham início em território brasileiro.





Deste modo, uma vez que a operação de circulação de mercadorias realizada pela empresa apelada teve início em Juiz de Fora, no Estado de Minas Gerais, passando pelo Estado do Rio de Janeiro, onde seriam remetidas ao exterior por via mercante, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que se trata efetivamente de uma operação internacional, e não interestadual, como quer fazer crer o Fisco, mormente quando se tem em vista que os destinatários indicados nos conhecimentos de transporte são os próprios importadores.

Com efeito, o fato de a prestação de serviço de transporte iniciar-se em outro Estado que não aquele em que efetivamente se deu a remessa das mercadorias ao exterior não descaracteriza o caráter internacional da operação, nem tampouco a circunstância de que sejam utilizados outros meios de transporte ou que outras empresas realizem este serviço durante o curso da operação, já que o transporte internacional, na interpretação que se faz do art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF, é aquele que se inicia dentro dos limites territoriais brasileiros e se finda em território estrangeiro, operação esta que, de se repetir, encontra-se fora do âmbito de incidência do ICMS.

Assim, de modo algum deve prevalecer a tese sustentada pelo apelante, qual seja, a de que a expressão "operação", constante do supramencionado dispositivo legal, compreenderia duas etapas da circulação de mercadorias, a primeira, englobando a circulação dos produtos entre os Estados da Federação, a qual seria tributável, e a segunda, ligando-se à prestação de serviço de transporte entre a última cidade brasileira e o porto estrangeiro de destino, esta sim fora do raio de incidência do ICMS.

É que o legislador constituinte não fez qualquer distinção entre estas duas etapas de circulação dos produtos industrializados, não se admitindo, em seara tributária, a interpretação extensiva do comando constitucional, tal como pretendido pelo Fisco estadual, pois que inexiste previsão legal para tanto.

Mesmo a jurisprudência administrativa não destoa deste entendimento, impondo-se transcrever, a título de ilustração, o seguinte julgado do Conselho de Contribuintes inserto *in Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 22/97, caderno 1, p. 530:

"*ICMS. Prestação de serviço de transporte de mercadoria destinada ao exterior. Não-incidência. Prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas. Prestação interestadual. Mercadoria destinada a exportação.*

*- Em se tratando a operação de circulação de mercadoria de saída para o exterior de produto industrializado, a prestação de serviço de transporte a ela relativa também se caracte-*

*riza como internacional, não sendo, pois, alcançada pela incidência do ICMS, devido ao fato de não haver previsão legal para a sua cobrança.*

*- Impugnação procedente. Decisão pelo voto de qualidade*". (Ac. da Segunda Câmara do CCMG, *DJMG* de 30/09/97.)

Em face de tais considerações, em reexame necessário, confirmo a bem lançada sentença de primeiro grau, por seus jurídicos e próprios fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Entendo que, se o transporte intermunicipal ou interestadual não tem relevância comercial e econômica própria, sendo apenas elo da exportação, não pode acarretar a incidência do ICMS.

Em reexame, confirmo a sentença.

Participou do julgamento o Desembargador Carreira Machado.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR, MANTIVERAM A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

-:::-

## FALÊNCIA - TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL - PAGAMENTO PARCIAL APÓS O PROTESTO, ANTES DO PEDIDO DE QUEBRA - NOVAÇÃO - *ANIMUS NOVANDI* - INOCORRÊNCIA

**- O pagamento que impede a declaração de falência é o pagamento integral, e não o parcial, ainda que feito após o protesto e antes do pedido de quebra, a teor do disposto no art. 4º, IV, da Lei de Falências. O título configurador da obrigação de pagamento, mesmo com o pagamento parcial, não perde a natureza de título líquido, certo e exigível, cujo valor fica apenas reduzido ao saldo credor, por mero cálculo aritmético.**

**- Incomprovado o *animus novandi*, que é condição fundamental para a caracterização da novação como fruto da convergência de vontade bilateral, descabe a alegação para fins de ilidir a decretação da falência, ainda mais porque a novação só se caracteriza nas hipóteses do art. 999 do Código Civil, no caso não demonstradas.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.910/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Pedido de falência - Título líquido, certo e exigível - Pagamento parcial após o protesto, mas antes do pedido de quebra - Novação. - Pagamento parcial do valor de título líquido, certo e exigível, depois do protesto, mas antes do pedido de falência, não caracteriza novação ou prorrogação de prazo nem impede a declaração de quebra, já que o pagamento não foi integral.





ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Alega o apelante, em suas razões, que, com o pagamento parcial do valor do título, isso não impede a declaração da falência, porque o pagamento não foi integral, não perdendo o título sua natureza de título líquido e certo.

Tenho que assiste razão ao apelante.

É certo que, depois do protesto, mas antes do pedido, houve pagamento parcial da dívida, mas o que está na *mens legis*, como imagem projetada da *mens legislatoris*, é que o pagamento que impede a declaração de falência é o pagamento integral, e não o parcial, a teor do disposto no art. 4º, IV, da Lei de Quebras, sendo neste sentido a lição de WALTER TOLENTINO ÁLVARES - *Curso de Direito Falimentar*, 7ª edição, 1979, nº 73, p. 78.

Segundo ainda Walter Tolentino Álvares - ob. cit., nº 77, p. 81 - "para a declaração da falência, é preciso ainda que ela (a obrigação) conste de título, título este que legitime ação executiva, isto é, título que tenha força para pôr em movimento ação executiva, segundo a Lei de Falência".

Ora, o título configurador da obrigação de pagamento, mesmo com o pagamento parcial de fls. 42-TJ, não perdeu a natureza de título líquido, certo e exigível, cujo valor fica apenas reduzido ao saldo credor, por mero cálculo aritmético, vindo a pêlo, neste sentido, o acórdão do egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *in RJTAMG*, v. 54/266:

"Não retira a liquidez e certeza da nota promissória a divergência entre o valor exigido e o constante da cártula, em decorrência do pagamento parcial da dívida".

Ademais, em se tratando de título líquido, certo e exigível, já assentou o colendo STJ que "em nenhuma das hipóteses do art. 618 do CPC encontra-se a de nulidade por excesso de execução, que deve ser apurada em embargos, reduzindo-se, se for o caso, o crédito ao valor correto" (REsp nº 4.922-MS, *DJU* de 5/8/91).

"Não perde a liquidez a dívida cuja definição depende de cálculos aritméticos, para excluir parcelas já pagas ou incluir verbas acessórias, previstas na lei ou no contrato" (REsp nº 29.661/8-MG, *DJU*, 27/6/94).

Não destoam os acórdãos *in* STF-*RP*, 57/246; *RSTJ*, 21/397; STJ-*RT*, 670/181; *RSTJ*, 50/336; *RT*, 614/115; *RTJ*, 120/1.341.

Quanto à novação e prorrogação de prazo, para pagamento da dívida, é tese que não cabe no presente caso, para ilidir a decretação da falência: a uma, porque não se comprovou, nos autos, o *animus novandi*, que é condição fundamental para a caracterização da novação, como fruto de convergência de vontade bilateral; a duas, porque a novação somente se estereotipa nas hipóteses do art. 999 do Código Civil, ou seja, quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior; quando o novo devedor sucede o antigo, ficando este quite com o credor; quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este, o que é reproduzido literalmente no art. 438 do Código Comercial.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença recorrida, determinar o prosseguimento do processo falimentar, com julgamento de mérito.

Custas, a final.

Participaram do julgamento os Desembargadores Campos Oliveira e Aluízio Quintão.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## FALÊNCIA - TÍTULO DE CRÉDITO - PROTESTO - DEVEDOR - INTIMAÇÃO - IRREGULARIDADE - INOCORRÊNCIA - ARTIGO 10 DA LEI DE FALÊNCIAS - INTELIGÊNCIA - DIVERGÊNCIA ENTRE A SOCIEDADE REQUERIDA E A CONSTANTE DAS CAMBIAIS SACADAS E PROTESTADAS - INDUZIMENTO A ERRO

**- A discrepância das razões sociais entre a sociedade requerida e as cambiais que instruem o pedido de quebra não deve ser relevada, para fins de decretação da quebra, quando se evidenciar, da conjugação dos elementos e alterações promovidas, tratar-se da mesma sociedade, mister quando transparecer o intuito de estabelecer confusão e de induzimento ao erro das pessoas de boa-fé.**

**- O que a lei falimentar exige é o protesto tirado com a certidão de intimação do devedor para pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta, além da certidão, se for o caso, de não haver sido encontrado o devedor, quando se fará a intimação editalícia (art. 10 da Lei de Falências). Certificando o oficial da serventia de protesto, o qual inclusive tem fé pública, que "fez a intimação", e inexistindo negativa da intimação por parte da defesa, não há que se falar em irregularidade do protesto.**





APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.934/4 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERONDES DE ANDRADE

Ementa oficial: Falência - Títulos revestidos das formalidades legais - Protesto prévio - Destinatário - Certidão - Pessoa identificada - Irrelevância. - A lei falimentar exige o protesto prévio dos títulos apresentados a tal fim, a certidão da intimação do devedor ou a de que não foi encontrado, para fins da intimação editalícia, e, só aí, cumpridas as diligências, tornam-se os títulos como hábeis ao pedido de quebra, sendo irrelevante que na certidão conste intimação pessoal do devedor, sendo válida a que for feita pelo correio.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *Herondes de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Herondes de Andrade* - Conheço do recurso.

A apelante pediu a falência da sociedade apelada, mas foi julgada carecedora da ação de quebra, por entender o ilustre Juiz sentenciante: a) que a sociedade requerida não é a mesma que nas cambiais figura como sacada; b) que são imprestáveis os instrumentos de protesto para demonstrar a efetiva intimação da devedora.

Com efeito, nas duplicatas é sacada "Ferreira Barros Renovar Empreendimentos Ltda". Sabe-se pelo documento constitutivo de fls. 29 que a sociedade "Ferreira Barros Representações Ltda." alterou a sua razão social para "Renovar Empreendimentos Ltda.", com sede na Rua Coronel Otávio Diniz nº 288, Bairro Santa Efigênia. Como se sabe, dos sócios primitivos remanesce Arthur José de Barros, embora a alteração firmada à fl. 51 dê conta de sua retirada - alteração da qual não há prova de efetivo registro na Junta Comercial, mas simples requerimento nesse sentido. Pelo texto desta última alteração, aliás, a sociedade se transfere para a Rua Mato Grosso nº 335, Barro Preto, endereço que figura nas duplicatas e, evidentemente, nos instrumentos de protestos.

Conjugados esses elementos, parece-me irrecusável a evidência de que, malgrado a discrepância das razões sociais, trata-se da mesma sociedade, tanto mais que Arthur José de Barros,

que, pela 2ª alteração, dela se retirava, foi citado na condição de representante legal de "Renovar Empreendimentos Ltda" e por esta outorgou o mandato de fls. 40, apesar de ser negada essa representação na defesa, estabelecendo um disparate que roça a má-fé.

De tudo, o que transparece é um inescondível intuito de estabelecer confusão, para induzir ao erro pessoas de boa-fé. Razão social e endereço não foram, certamente, criações gratuitas e aleatórias da requerente.

Sendo assim, afasto o primeiro motivo da sentença para o decreto de carência.

Quanto à irregularidade do protesto, quero crer que o douto Sentenciante inda uma vez se equivocou, *data venia*. O que a Lei Falimentar exige é o protesto tirado com a certidão de intimação do devedor para pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta, além da certidão, se for o caso, de não haver sido encontrado o devedor, quando se fará a intimação editalícia (art. 10). Ora, certificando o Sr. Oficial que "fez a intimação", não havia por que certificar que o devedor não foi encontrado, pois completamente diferentes são as duas situações. E lhe restaria certificar, se impassível o devedor, que não obteve resposta. Não se perca de vista que o oficial da serventia de protestos tem fé pública, e portanto as suas afirmações só cedem ante prova irretorquível em contrário, o que inexiste. Aliás, a defesa não nega, jamais, que a defendente houvesse recebido a intimação para pagar ou apresentar a escusa legal. Assim, sempre com a devida vênia, acredito indevida a suposição de irregularidade do protesto, mormente tendo em vista o que dispõe o art. 883 do CPC, aplicável subsidiariamente. A defesa, aliás, é quem se incumbe de afastar tal suposição. Alegações e provas que pudessem desmerecer as certidões de protesto seriam matéria de defesa do requerido, que nesse particular é silente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso e, cassando a r. decisão singular, com a devida vênia, determino que o douto Juízo monocrático, a quem cabe formalizar e especializar a declaração de quebra, tome as providências de que tratam os arts. 14 e seguintes da Lei de Falências.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Hugo Bengtsson e Cláudio Costa.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-





## EMBARGOS DE TERCEIRO - EX-CÔNJUGE - IMÓVEL QUE LHE COUBE NA SEPARAÇÃO - NATUREZA RESIDENCIAL - DÍVIDA DO EX-MARIDO - PENHORA - POSSE - DEFESA - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - AVERBAÇÃO - AUSÊNCIA - IRRELEVÂNCIA - LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS

**- Procedem embargos de terceiro interpostos por ex-cônjuge em defesa de imóvel que lhe coubera em separação judicial devidamente homologada, penhorado em execução movida contra ex-marido, mormente quando a separação se dera antes da origem da dívida executada e o aludido imóvel constitui o único bem dessa categoria e de natureza residencial do casal.**

**- A falta de averbação da sentença homologatória da separação judicial no cartório imobiliário competente não retira do ex-cônjuge a legitimidade para a interposição de embargos de terceiro em defesa da posse de imóvel que lhe coubera na partilha dos bens.**

**- A posse pode ser defendida por meio dos embargos, e a partilha dos bens homologada judicialmente tem o condão de transmitir a posse dos bens àqueles beneficiados por ela, em caráter *iuris tantum* e presumível até prova em contrário, vez que transmitida com a mesma natureza e forma com que fora adquirida.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 148.367/6 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial: Embargos de terceiro - Desnecessidade de averbação da sentença homologatória no registro imobiliário. - A posse dos bens objeto da partilha se transfere no ato da homologação àqueles beneficiados por ela. Apelação improvida. Embargos procedentes.

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, 14 de setembro de 1999. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado de

Minas Gerais, visando à reforma da decisão que julgou procedentes embargos de terceiro movidos por Adélia Andrade Coelho.

O bem, objeto da demanda, é constituído pelo imóvel residencial situado na Rua Mato Grosso, 845, Bairro de Lourdes, na Cidade de Governador Valadares, o qual fora objeto de constrição judicial em feito executivo movido pela Fazenda Pública Estadual, ora apelante, contra Dário e Filhos Ltda. e Dário Antônio Monteiro.

A apelada foi casada com o executado, Dário Antônio Monteiro.

O imóvel contristado judicialmente constituía o único do casal, o qual coube à ora apelada, no ato da separação judicial, homologada pelo MM. Juiz que funcionou no feito, como registram os autos (fls. 10, 11, 17, 13 e 13-v.).

A apelante combate os fundamentos da sentença, argumentando que:

a) o imóvel está registrado no nome do executado, logo o domínio sobre ele ainda lhe pertence;

b) não há nos autos a prova de que o imóvel serve de residência para a recorrida, para efeito da impenhorabilidade prevista no art. 1° da Lei n° 8.009/90;

c) a posse sobre ele não se acha comprovada nos autos.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Conheço de ambos os recursos.

Certo está nos autos que o imóvel e os móveis que o ornam couberam à embargante-apelada, na partilha dos bens do casal, por ocasião da separação litigiosa transformada em consensual, homologada judicialmente.

Certo também é que o referido imóvel constituiu o único bem dessa categoria do casal.

A separação se deu bem antes da origem da dívida tributária, como ressaltou a sentença e os autos registram.

Sendo o único imóvel do casal e de natureza residencial, fica evidente que à embargante resta como único abrigo que lhe servirá de lar.

A falta de averbação da sentença homologatória da separação judicial no cartório imobiliário não tira à ora apelada a legitimidade para a apresentação dos embargos.

Por sinal, a sentença registra acórdãos neste sentido.

Demais, é sabido que a posse pode ser defendida por meio dos embargos, e a partilha dos bens homologados judicialmente tem o efeito de transmitir a posse dos bens àqueles beneficiados por ela.

Até prova em contrário essa posse se presume.





Sabe-se que a posse se transmite com o mesmo caráter com que foi adquirida.

Trata-se de uma presunção *iuris tantum*, que pode ser desconstituída por prova em contrário.

Essa presunção é tratada de forma objetiva pelo artigo 492 do Código Civil.

Não ressalta dos autos qualquer prova que possa desfigurar essa presunção, que, no caso, é de uma posse plena de boa-fé.

À vista do exposto, e em reexame necessário, confirmo a sentença, julgando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - De acordo.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - ESCOLARIDADE EXIGIDA - LEI POSTERIOR MODIFICATIVA - PROCEDIMENTO AINDA NÃO FINALIZADO - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - PREVALÊNCIA**

**- O concurso público é um procedimento que somente se encerra com a homologação dos resultados apurados nas provas a que se submeteram os candidatos, devendo a Administração Pública velar para que a seleção se proceda em consonância com o que dispõe a legislação vigente durante o seu andamento. Assim, se no curso do procedimento é editada lei modificando a exigência de escolaridade dos candidatos, impõe-se sua aplicação imediata, sem que se fale em ofensa aos princípios do direito adquirido e da irretroatividade das leis, estando o administrador obrigado a modificar o edital para adaptá-lo à nova legislação, com o que se efetivam os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. O que não se pode admitir são alterações arbitrárias e prejudiciais e nunca adaptação de um procedimento que ainda não terminou ao que a lei passa a considerar o interesse público a ser tutelado.**

**- V.v.: - A mudança na legislação, alterando a exigência do edital do concurso quanto à escolaridade não pode atingir o candidato inscrito, se à época da inscrição preenchia ele todos os requisitos para o cargo, estando sua situação**

**consolidada quando da entrada em vigor da nova lei, sob pena de ofensa ao direito adquirido, garantido no inciso XXXVI do art. 5º da CF. A alteração das regras depois de iniciado o certame conduz à nulidade do procedimento.** (*Des. Orlando Carvalho*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 150.347/3 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concurso público - Edital - Escolaridade exigida - 1º grau completo - Lei posterior - Aplicação imediata - Modificação do edital - Exigência de 2º grau completo - Inexistência de ofensa a direito adquirido - Procedimento ainda não finalizado - Expectativa de direito do concursando - Prevalência dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado - Art. 37, I, da Constituição Federal de 1988. - A Administração Pública está obrigada a modificar edital de concurso público, para que o mesmo seja adequado aos novos requisitos instituídos em lei, sem que esta conduta implique ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irretroatividade das leis. - O que não se pode admitir são alterações arbitrárias e prejudiciais aos concorrentes, caracterizadoras de desvio de poder, e nunca a adaptação de um procedimento que ainda não terminou ao que a lei passa a considerar o interesse público a ser tutelado; na espécie, a seleção de candidatos mais qualificados.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 1999. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - Joézio Alves da Silva impetrou mandado de segurança em face do Comandante da 10ª Companhia Independente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, alegando que se inscreveu em concurso público de seleção de soldados para aquela instituição; que à época o edital do certame estipulava que os candidatos deveriam ter o 1º grau escolar completo, exigência satisfeita pelo impetrante; que foi aprovado em todas as fases do concurso público realizadas até a edição da Lei Complementar nº 50; que este diploma normativo deu nova redação ao art. 5º, III, *a*, da Lei Estadual nº 5.301/69, o qual passou a conter a exigência de que os que prestassem concurso público para admissão na PMMG tivessem ao menos o 2º grau completo; que todas as etapas do procedimento se realizaram sob a vigência da legislação anterior, pelo que não há que se falar em poder da Administração Pública de alterar o edital; que a alteração editalícia combatida implica ofensa aos princípios da irretroatividade das leis e do direito adquirido, pois a Lei Complementar nº 50 não poderia operar efeitos retroativos e alterar o edital ao qual a Administração Pública se vinculou.





A douta Juíza *a quo* concedeu a segurança, ao argumento de que o poder que se defere à Administração Pública para modificar normas editalícias não alcança a possibilidade de se alterarem os requisitos legais a serem preenchidos quando já finalizado o procedimento seletivo, importando em ofensa ao princípio da irretroatividade das leis a atitude combatida.

Pleiteia a reforma do aresto, alegando, em preliminar, que o pedido deduzido é juridicamente impossível, porque o apelado pretende o exame incidental de constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/98, o que não seria cabível em sede de mandado de segurança. Acrescenta que o recorrido não possui direito líquido e certo amparável nesta via processual.

No mérito, afirma que a Lei Complementar nº 50 opera efeitos imediatos e, encontrando-se em curso o certame seletivo, estava obrigado a instituir a nova exigência de escolaridade; que não houve desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade e moralidade; que o apelado possui mera expectativa de direito ao provimento do cargo ofertado em concurso; que busca atender ao interesse público por meio da seleção de pessoas mais qualificadas; que o art. 37, I, da Lei Maior, permite a imposição de requisitos legais condicionantes da acessibilidade aos cargos públicos; que o apelado já faltou a mais de 10% (dez por cento) das aulas do CFSd, pelo que, nos termos do item 5.1.4 das NPCE 96/99, incabível se torna sua aprovação, uma vez que não há previsão de reposição de aula.

O apelo não foi contra-arrazoado, encontrando-se isento de preparo.

Foram os autos remetidos a este Tribunal também por força do reexame necessário previsto pelo art. 475, II, de nosso Digesto Processual Civil.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não-conhecimento do recurso voluntário e pela reforma da sentença no reexame necessário.

Aprecio a sentença no reexame necessário.

Sabe-se, com efeito, que o controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser exercitado na via processual adequada, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, CF/88); contudo, é certo que nosso ordenamento jurídico acolhe também o denominado controle incidental de constitucionalidade, e, versando este sobre matéria exclusivamente de direito, não vejo óbice a que seja efetuado em sede de mandado de segurança.

Com razão o douto Juiz de origem.

Cumpre ainda anotar que a outra preliminar suscitada diz respeito ao mérito da demanda, pelo que passo agora a examiná-lo.

A meu sentir, a justa composição desta lide passa por uma singela reflexão acerca do alcance do ideal de segurança jurídica e do primado do interesse público sobre o interesse privado.

Parece-me razoável a tese sustentada pelo recorrido de que a Administração Pública não pode alterar a seu talante normas de um concurso público quando já em andamento o procedimento seletivo; todavia, tenho que deva ser tomada com temperamentos, posto que os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular impõem ao administrador curar para que o fim último que lhe cabe perseguir - o interesse público - não seja amesquinhado sob as vestes da defesa de direitos adquiridos de particulares, por mais que sua situação compadeça ao magistrado.

Neste diapasão, cumpre anotar que a nova redação dada ao art. 5º, III, *a*, da Lei Estadual nº 5.301/69, pela Lei Complementar nº 50, teve o evidente intuito de selecionar pessoal em tese mais qualificado para o exercício da difícil e penosa missão de proteger a coletividade, valor que, a meu aviso, não pode ser desconsiderado no confronto com o ideal de proteção ao particular.

Diz o apelado que o edital do certame seletivo no qual se inscreveu não poderia ser modificado após aceita sua inscrição e superados os exames aplicados sem que se ferissem de morte os princípios do direito adquirido e da irretroatividade das leis.

Não vejo desta forma, *d.v.*, pois, sendo o concurso público um procedimento que somente se encerra com a homologação dos resultados apurados nas provas a que se submeteram os candidatos, deve a Administração Pública, porque jungida à observância do princípio da legalidade, velar para que a seleção se proceda em consonância com o que dispõe a legislação vigente durante o seu andamento.

Ora, se no curso do procedimento em questão foi editada lei complementar que modificou a exigência de escolaridade dos candidatos, impõe-se sua aplicação imediata, sem que se fale em ofensa aos princípios do direito adquirido e da irretroatividade das leis, consectários do ideal de segurança jurídica, pois o concurso público é meio de seleção, por isso mesmo sujeito a modificações, e nunca fim em si mesmo, no sentido de que suas normas vinculem o administrador de tal modo que, mesmo havendo lei posterior dispondo em sentido contrário, não lhe seja possível modificar suas regras.

Vale lembrar que o art. 37, I, da Constituição Federal de 1988, determina que os requisitos para o exercício do cargo pretendido são estabelecidos em lei, e, repita-se, uma vez que o procedimento de seleção ao qual o apelado se submeteu não havia sido encerrado, deve o novel diploma legal ser observado, não havendo que se falar em direito adquirido, mas sim em simples expectativa de direito de ser aprovado e nomeado.





Por isso entendo necessária a distinção que em momento anterior insinuei: uma coisa é a Administração Pública modificar arbitrariamente edital de concurso público, *v.g.*, após divulgados quais os candidatos que lograram aprovação para participar da etapa final do procedimento, conduta caracterizadora de desvio de poder. E, vale destacar, o diploma legal causador desta celeuma não opera efeitos concretos, aplicando-se de forma isonômica e impessoal a todos os concursandos, inclusive aos participantes de certames futuros, desde que, por óbvio, não seja novamente modificada a exigência de escolaridade.

Hipótese em muito diversa é aquela em que o administrador se encontra *obrigado* a modificar um edital de um concurso em andamento para adaptá-lo ao novo comando da legislação vigente, com o que se efetivam os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular sem que se atinja qualquer direito adquirido ou se fira o ideal de segurança jurídica.

Prova do que acabo de afirmar é que poderia a Administração Pública, estribada na autotutela que lhe é deferida, simplesmente anular o polêmico certame seletivo sob o ponderável argumento de que não consultava mais ao interesse público contratar pessoas com qualificação inferior à estipulada pelo art. 5º, III, *a*, da Lei Estadual nº 5.301/69. Assim não o fez, e a mim me parece com inteira razão, visto que o desperdício de tempo e dinheiro que haveria não atendia ao interesse da coletividade, além de que nem mesmo os possíveis questionamentos judiciais seriam evitados.

É certo que me sensibiliza o seu esforço, os resultados que obteve e a sua frustração com a mudança do edital no curso do certame seletivo; contudo, se o legislador entendeu de modificar o requisito de escolaridade durante o procedimento do qual o apelado participava, outra decisão não me resta tomar.

Com estas considerações, reformo a sentença no reexame necessário.

Não conheço do recurso voluntário, porque a competência da autoridade apontada como coatora se exaure na prestação da informação. A competência para o recurso é do ente político respectivo.

Custas, pelo recorrido, sob as condições do art. 12 da Lei nº 1.060/50, uma vez que defiro o benefício da assistência judiciária gratuita requerido à fl. 13.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Consoante relatório, trata-se de mandado de segurança impetrado por Joézio Alves da Silva contra ato do Sr. Comandante da 10ª Companhia da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, ale-

gando que o edital do certame estipulava que os candidatos deveriam ter o 1° grau escolar completo, exigência satisfeita pelo impetrante, sendo aprovado em todas as etapas anteriores, e, à razão da alteração do edital, passando a exigir o 2° grau completo de escolaridade, viu-se ferido direito líquido e certo, pois à época da inscrição o edital exigia tão-só o primeiro grau completo.

Concedida a segurança.

Já decidi hipótese semelhante à dos autos.

Com efeito, a PMMG fez publicar edital de concurso público para o Curso de Formação de Soldados, exigindo, como requisito, a escolaridade mínima de 1° grau.

Após a divulgação do resultado final e classificação do impetrante, houve a "retificação" do edital, com base no disposto na Lei Complementar nº 50/98, exigindo o 2° grau como escolaridade mínima, sendo, então, indeferidas as matrículas no curso de formação dos candidatos que não atendiam à nova exigência.

Ora, a mudança na legislação não pode atingir o impetrante, pois, à época da inscrição, preenchia ele todos os requisitos para o cargo, sendo direito do impetrante a matrícula no curso de formação, pois, quando da entrada em vigor da lei nova, sua situação já estava consolidada, tendo o ato da autoridade coatora ofendido o princípio constitucional do direito adquirido, garantido no inciso XXXVI do art. 5° da CF.

"Nos termos do disposto no art. 6° da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito adquirido é uma situação jurídica consolidada, de tal modo que, nem lei, nem fato posterior têm força de alterá-la, além do que a incorporação se dá tanto ao patrimônio econômico da pessoa como ao moral, sendo, inclusive, dispensado o requerimento do interessado na época oportuna, conforme lição de Carlos Maximiliano, citado por JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ao conceituar o direito adquirido como sendo a:

'Conseqüência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio da pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade' (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1918, p. 227, nota 200, citando Pacifici-Mazzoni, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 1880, v. 1, p. 73).

Toda competição séria como é o concurso público deve processar-se com rigoroso atendimento das regras preestabelecidas, suficientemente claras e precisas. A mudança de regras depois de iniciado o certame conduz à nulidade do procedimento, conforme recentes decisões dos tribunais:

'Concurso - Alteração posterior do edital - Mandado de segurança concedido na instância originária e confirmado na do recurso. - Fere o direito líquido e certo, implicando na concessão da ordem de segurança, a alteração do edital de concurso depois deste realizado e conhecidos publicamente os aprovados'.





(AC nº 237.415/1, Des. Vallim Bellocchi, Sexta Câmara Cível, j. 10/03/96.)

'Concurso. Edital. Parâmetros. - Os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida'. (STF - AgMS nº 118.927/5-RJ, Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 10/08/95.) (Excerto do parecer exarado pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Oliveira Salgado, quando do MS nº 140.287/4-001.)

Assim, como o impetrante, à época da inscrição no concurso, preenchia os requisitos exigidos pelo edital, legislação posterior, modificando os requisitos para o concurso, não pode prejudicar o candidato" (fls. 100/101).

Assim, confirmo a sentença em seu reexame necessário.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo com o em. Relator.

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DO RECURSO VOLUNTÁRIO E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

## GUARDA DE MENOR - BUSCA E APREENSÃO - FILHO ADOTIVO - PAIS - UNIÃO ESTÁVEL - SEPARAÇÃO - CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DA GUARDA - INTERESSE DO MENOR - ARTIGO 227, § 6°, DA CF - INTELIGÊNCIA - DIREITO DE VISITAS

**Rejeita-se a preliminar de impropriedade da medida de busca e apreensão de menor e da ação de regulamentação de visita em lugar da definição da guarda do menor, posto que sem relevância, uma vez que a decisão final define a guarda do menor e regulamenta as visitas.**

**- No exame da guarda do menor, deve-se observar exclusivamente o seu bem-estar, que deve derrogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões, diante do princípio a ser tomado na solução dos litígios sobre a guarda e manutenção do menor. Para melhor discernimento, em busca da solução justa, faz-se necessário um conhecimento da família do menor, bem como de suas relações com a mesma, devendo para tanto se buscar um estudo sociológico sobre a família.**

**- O fato de ter sido a criança adotada não modifica os critérios a serem observados para a concessão da guarda, em face do disposto no art. 227, § 6°, da CF, que afasta qualquer discriminação legal sobre a criança.**

**- Se, no interesse dos filhos, e não na pretensão do pai e da mãe, as provas apontam no sentido de que a criança melhor ficaria com a mãe, a ela deve ser concedida a guarda, ressalvado ao pai o direito de visitação, que também deve ser regulado.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.240/8 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Busca e apreensão - Guarda de menor - Criança adotada - Critérios para concessão da guarda - Inteligência do art. 227, § 6º, da CF - Interesse do menor.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1999. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Garcia Leão* - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M.R. contra a sentença, cujo relatório se adota, que, nos autos da ação cautelar de busca e apreensão do menor D.R.M. movida em face de D.F.M., julgou improcedente o pedido contido na inicial, confiando a guarda do menor ao seu pai, cassando a liminar concedida, determinando o retorno do menor ao lar paterno.

A ação de regulamentação de visitas proposta pela mãe do menor foi julgada procedente, produzindo a mesma efeito inverso, ou seja, a regulamentação se deu para que a mãe possa visitar o filho e tê-lo consigo em finais de semana alternados, devendo apanhá-lo na manhã de sábado, a partir de 9 horas, e devolvê-lo na tarde de domingo, até às 18 horas. Decidindo, mais, que a mãe terá o filho consigo durante a metade das férias escolares, podendo os pais, de comum acordo, modificar alguma coisa sobre as visitas.

Diz a recorrente que viveu maritalmente com o recorrido. Durante esta convivência adotaram o menor D. Entretanto, com a separação do casal, a criança passou a viver em sua companhia, na casa dos avós maternos. Em 12/12/97, a criança foi passar uns dias com o pai, e este não a devolveu mais.

Alega a apelante que o fato de ser "filho adotivo", e não de sangue, dos contendores, não é razão para a criança permanecer sob a guarda daquele que tem melhores condições econômico-financeiras, uma vez que esta criança é tratada igualmente como filho natural.

Afirma, ainda, que tem condições financeiras para criar e educar seu filho, pois possui um comércio de sapatos na Cidade de São João do Paraíso, local este onde reside juntamente com seus pais.

As contra-razões foram apresentadas, tendo o apelado alegado, em preliminar, a impropriedade da medida de busca e apreensão, pois seria esta derivativa de uma definição de guarda. No mérito, insiste na manutenção da decisão hostilizada.

O Ministério Público, de ambas as instâncias, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

*Preliminar.*

O equívoco contido na inicial foi corrigido com o aditamento de fls. 05.

No mesmo passo, a propriedade ou não da ação de regulamentação de visita em lugar da definição da guarda do menor não tem grande importância, uma vez que a decisão visa definir a guarda do menor e regulamentar as visitas.

Rejeito a preliminar.

*Mérito.*

Conforme consta dos autos, a apelante viveu maritalmente com o apelado em união estável por mais de cinco anos, tendo, durante esta convivência, adotado o menor D.R.M.

Posteriormente, o casal separou-se, passando a criança a residir com a mãe, quando, em uma das visitas ao pai, este não a devolveu à sua guardiã.

No exame da guarda do menor, deve-se observar exclusivamente o seu bem-estar. É que a preocupação de melhor atender o interesse do menor é de tal modo relevante que deve derrogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões, diante do princípio a ser tomado na solução dos litígios sobre a guarda e manutenção do menor.

A criança, cuja guarda se disputa neste processo, conta hoje quatro anos de idade, estando atualmente com sua mãe.

Analisando os autos, percebe-se que tanto a mãe quanto o pai são dignos de terem o filho em sua companhia, pois não se fez prova que pudesse demonstrar a incapacidade moral de qualquer um deles.

Por outro lado, o fato de ter sido a criança adotada não modifica os critérios a serem observados para a concessão da guarda.

Isto porque o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, estabelece que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Não há dúvidas de que foi afastada qualquer discriminação legal sobre a criança adotada.

Vale ainda lembrar que o artigo 384 do Código Civil estabelece os direitos e deveres dos pais para com os filhos, e o novo estado de separados não impede aos pais dirigir-lhes a criação, educação e tê-los em sua companhia.

É certo também que a mãe tem legítima aspiração de cuidar e educar o filho e tem condições morais e materiais para tanto, segundo revelam os autos.

Nas ações referentes ao Direito de Família, não é tarefa fácil decidir, havendo uma preocupação muito forte em relação às crianças. E, para um melhor discernimento, em busca da solução justa, faz-se necessário um conhecimento da família do menor, bem como de suas relações com a mesma. Para tanto, busca-se um estudo sociológico sobre a família.

*In casu*, a assistente social do Juízo que se envolveu com o estudo da questão afirma que o menor vive muito bem, em ambiente e local saudáveis, e conta com o carinho dos que o cercam, a mãe e os avós maternos, que estão sempre presentes na sua educação.

Diz, ainda, que "as necessidades de uma criança estão relacionadas à sua dependência e à sua formação como ser humano. Nessa fase, a relação mais direta que a criança estabelece é com a mãe".

Nesses estudos, constatou-se que a mãe do menor é segura e ciente de suas responsabilidades, podendo transmitir à criança a segurança necessária para que o seu crescimento físico e mental seja saudável.

Realmente, nesta idade, a criança necessita mais da presença da mãe. Em contrapartida, a imagem do genitor é também indispensável, sendo importante conviver com ambos. No caso da separação dos pais, esta convivência deve ser mantida.

Outrossim, ficou demonstrado nos autos que a mãe do menor tem condições de sustentá-lo, já tendo seu próprio negócio.

O acesso da mulher ao mercado de trabalho e a divisão social do trabalho têm aumentado a cada dia. As conquistas econômicas e profissionais da mulher ajudaram a firmar a idéia de igualdade em relação ao homem.

Por outro lado, em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, pode o juiz ser chamado a revisar decisões, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai e da mãe.

Assim, se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente a guarda da criança.

Percebe-se, pois, através das testemunhas e segundo a sindicância, que o menor está sendo criado e educado pela mãe com todo carinho e dedicação, possuindo ela condições financeiras para sustentá-lo. Ademais, é também dever do pai ajudar na criação e educação do filho.





Pelo exposto, dou provimento ao recurso para determinar que o menor D. permaneça sob a guarda da mãe, ressalvando ao pai o direito de visitá-lo e mesmo de tê-lo em sua companhia em finais de semana alternados, devendo apanhá-lo na manhã de sábado, a partir de 9 horas e devolvê-lo na tarde de domingo, até às 18 horas. Durante as férias escolares o pai poderá ter o filho em sua companhia durante a metade das férias.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - De acordo.

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**INTERDIÇÃO - PERÍCIA MÉDICA EXTRAJUDICIAL - NÃO-OFENSA AO ART. 1.183 DO CPC - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRIMEIRA INSTÂNCIA - DEFICIÊNCIAS OCORRIDAS - PREJUÍZO - AUSÊNCIA - SEGUNDO GRAU - ATUAÇÃO - SUPRIMENTO**

**- A atuação do Ministério Público em segunda instância supre deficiências ocorridas no Juízo de primeiro grau, desde que não haja comprovação do prejuízo.**

**- Não ofende o artigo 1.183 do CPC o fato de a interdição ser decretada com suporte em laudo do INSS, devendo ser evitado o formalismo diante da situação fática dos autos.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 153.615/0 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Interdição - Perícia médica extrajudicial - Não-ofensa ao artigo 1.183 do CPC. - Não ofende o artigo 1.183 do CPC o fato de a interdição ser decretada com suporte em laudo do INSS, devendo ser evitado o formalismo diante da situação fática dos autos.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1999. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - É de se conhecer do recurso.

Versam os autos sobre pedido de interdição, a qual foi decretada e, não se conformando, o representante do Ministério Público recorreu, alegando que a decisão contraria o artigo 1.183 do CPC; que referido dispositivo determina a nomeação de perito para proceder ao exame do interditando; que o exame só se efetiva através de contato pessoal com o interditando; que não se trata de renovação de exame, eis que este não se efetivou; que o laudo indireto de fls. 19 não supre a exigência imposta por lei, não se tendo conhecimento de ser o seu subscritor psiquiatra, pois como tal não se qualificou; que a existência de momentos de lucidez no laudo referido recomenda, no mínimo, a realização de um exame pessoal; que o dispositivo invocado na sentença para dispensar a prova pericial não se aplica à espécie; que a sentença foi proferida sem se preceder de parecer de mérito ministerial, estando, ainda, pendente agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória da realização da perícia médica.

Inicialmente, é de se ressaltar que o parecer do Ministério Público deve ser completo, não podendo cindir-se com levantamento único de preliminar ou pedido de diligência para, posteriormente, se não acatados, lhe retornarem os autos para parecer de mérito, isto pelo princípio da eventualidade.

No caso presente, foi concedida vista ao apelante para parecer ministerial (fls. 22, *in fine*), tendo este se limitado à apresentação de cópia do recurso de instrumento por ele aviado contra a decisão de fls. 22, sem, contudo, apresentar parecer de mérito, sendo irrelevante, pois, a alegação de que a sentença não se precedeu do referido parecer.

De mais a mais, há entendimento dominante da jurisprudência no sentido de que a atuação do Ministério Público em segunda instância supre deficiências ocorridas anteriormente, desde que não haja comprovação do prejuízo, como no caso presente, pelo que devia o representante do Ministério Público de primeira instância ter-se manifestado sobre o mérito naquela oportunidade que lhe foi concedida para fazê-lo.

Irrelevante, pois, é a alegação do apelante, sendo de se ressaltar, também, que o agravo de instrumento interposto foi considerado prejudicado em face da sentença de mérito proferida nestes autos.

A pretensão recursal não merece acolhida, eis que o exame psiquiátrico feito no interditando (fls. 8), que compareceu, acompanhado de sua mãe, perante o Dr. Sandoval de Castro Filho, médico psiquiatra subscritor da perícia (fls. 8), concluiu que ele sofre das faculdades mentais desde o nascimento, sendo portador da CID 317.9/8 e da 294.9/1 - oligofrenia leve e psicose orgânica crônica não especificada -, sendo a doença incurável, não tendo o interditando condições de administrar seus bens e de gerir sua própria pessoa, apesar de possuir momentos de lucidez, o que não torna inválida a perícia ao ponto de se submeter o interditando a novos exames.

Ainda de se considerar que, pelo interrogatório do interditando (fls. 15), concluiu o Julgador pela necessidade de se deferir a curatela provisória, cujo termo foi lavrado à fl. 17.

Pelo que se tem dos autos, especialmente os documentos de fls. 8 e 19, bem como o interrogatório de fls. 15, a enfermidade do interditando impõe-lhe limitação a necessário discernimento para a prática de atos civis, e, como bem reconhecido pelo Julgador, deve o formalismo ser evitado diante da situação fática dos autos, e o exame de fls. 8 satisfaz plenamente o artigo 1.183 do CPC.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## CÂMARA MUNICIPAL - ÓRGÃO DO MUNICÍPIO - CAPACIDADE PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA - EXCEÇÃO - HIPÓTESE DE DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS

**- A câmara municipal, mesmo sendo um dos órgãos que compõem os Poderes do município, não possui capacidade processual para figurar no pólo ativo ou passivo de demandas cujo objeto não guarde pertinência com a defesa de suas atribuições institucionais, pois é aquela pessoa política - o município - quem suportará as conseqüências patrimoniais de eventual condenação.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 154.388/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Câmara municipal - Órgão do município - Capacidade processual - Inexistência - Exceção - Hipótese de defesa de suas prerrogativas institucionais - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Mesmo sendo a câmara municipal um dos Poderes do município, não possui capacidade processual para figurar no pólo ativo ou passivo de demandas cujo objeto não guarde pertinência com a defesa de suas atribuições institucionais, pois é aquela pessoa política quem suportará

as conseqüências patrimoniais de eventual condenação.

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, 10 de agosto de 1999. - *Páris Peixoto Pena - Relator.*

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Páris Peixoto Pena* - Em ação ordinária de cobrança aviada em face da Câmara Municipal de Belo Horizonte, busca a empresa Preview Produções Ltda. o pagamento pelos serviços de assessoria e consultoria que prestou àquele órgão legislativo.

A demanda foi extinta sem julgamento de mérito pelo douto Juiz *a quo*, ao entendimento de que falece legitimidade à Câmara Municipal de Belo Horizonte para figurar no seu pólo passivo, eis que a mesma não possui personalidade jurídica e não suportaria os efeitos patrimoniais de uma eventual condenação.

Pugna a apelante pela reforma do aresto, alegando que a apelada recebeu recursos para a instituição de seu canal de televisão e firmou o contrato administrativo que embasa sua pretensão; que não houve ingerência do Município de Belo Horizonte na assinatura do ajuste; que a beneficiária do serviço foi a apelada, e não aquele ente político; que a capacidade judiciária que é reconhecida à recorrida para a defesa de suas prerrogativas institucionais se estende às obrigações contratuais por ela assumidas; que a apelada possui autonomia administrativa; e que os recursos alocados para o cumprimento do contrato administrativo foram indevidamente utilizados.

O apelo foi preparado e contra-arrazoado.

Dele conheço.

Penso não haver reparos a fazer ao aresto recorrido, pois a Câmara Municipal de Belo Horizonte de fato não possui legitimidade processual para figurar como parte em demandas cujo objeto não diga respeito estritamente às suas atribuições institucionais.

É cediço que a Federação é composta por entes políticos de três esferas diferentes, a saber: União, Estados-membros e Municípios.

Pois bem: o fato de os municípios serem dotados de Poder Executivo e Legislativo próprios não implica presunção de que estes órgãos detêm personalidade jurídica, a qual é una e pertencente à pessoa política que compõem, pois, na escorreita lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, 10ª ed., p. 350 e 351), a apelada é classificada como





um órgão independente em relação à sua posição estatal, todavia, sendo órgão "... não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas pessoas integrantes".

Assim, tendo-se em conta que é o Município de Belo Horizonte a pessoa jurídica que suportaria as conseqüências patrimoniais da demanda, caso esta fosse julgada procedente, deve o mesmo figurar no seu pólo passivo.

Este, aliás, tem sido o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual fazem prova os seguintes julgados: REsp nº 88.856 (*DJ*, 19/08/96), REsp nº 36.449 (*DJ*, 05/06/95), REsp nº 25.904 (*DJ*, 27/03/95), REsp nº 32.747 (*DJ*, 27/03/95), REsp nº 23.926 (*DJ*, 18/04/94) e REsp nº 36.668 (*DJ*, 21/02/94).

Com estas considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - De acordo.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**NOME - ACRÉSCIMO - SOBRENOME DA MÃE - COLOCAÇÃO APÓS O NOME DO PAI - VEDAÇÃO LEGAL - INEXISTÊNCIA - ADMISSIBILIDADE**

**- O acréscimo do sobrenome materno omitido no assento de nascimento, após o nome do pai, por não encontrar qualquer vedação legal, tem sido admitido reiteradamente.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 154.841/1 - Comarca de Carandaí - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Sobrenome materno - Acréscimo - Vedação legal - Inexistência - Procedência. - O acréscimo do sobrenome materno omitido no assento de nascimento, após o nome do pai, a respeito de não encontrar qualquer vedação legal, tem sido admitido reiteradamente.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 1999. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - É de se conhecer do recurso.

Versam os autos sobre "ação de adjunção de sobrenome" cujo pedido foi julgado improcedente e, não se conformando, recorreu a autora, alegando, em síntese, que a decisão não foi proferida com base em argumentos plausíveis, valendo-se o Julgador apenas de subsídios abstratos; que a sua pretensão encontra guarida nos arts. 56 e 57 da Lei nº 6.015/73; que juntou aos autos todos os documentos e certidões indispensáveis à comprovação de que não existe óbice ao deferimento do pedido (fls. 27/34-TJ).

O adicionamento de nome, isto é, de apelido de família, não é vedado pela Lei de Registros Públicos vigente, sendo que o único limite imposto ao seu deferimento reside no tempo.

Assim, segundo o disposto no art. 56 da Lei nº 6.015/73, decorrido o prazo de 01 (um) ano após a maioridade, poderá o interessado requerer ao juiz competente o adicionamento do nome desejado. E a apelante, frise-se, há muito já preencheu esta condição.

Cumpre ressaltar que não existe previsão legal a respeito da ordem de colocação dos apelidos de família, constituindo apenas um costume nacional a colocação do nome do pai após o nome da mãe.

Ora, se não há norma escrita regulando expressamente a ordem de colocação dos nomes de família, temos que esta deve ser deferida de acordo com a vontade do interessado, haja vista que o supracitado costume, a par das modificações verificadas no seio da família brasileira de uns tempos para cá, se revela extremamente arcaico, não podendo ser aplicado, na espécie, como fonte de direito.

Ademais, a jurisprudência vem reiteradamente admitindo a inversão dos apelidos de família, onde o nome do pai vem antes do da mãe, mormente quando constatado, como nos presentes autos, que o motivo do requerimento não é livrar-se do sobrenome paterno, mas sim evitar confusão com o nome da mãe.

No que concerne à fundamentação da sentença acerca da necessária correção do nome da apelante na certidão de nascimento de seus filhos, se acaso possuí-los, temos que tal fato não constitui obstáculo algum ao deferimento do pedido; pelo contrário, é de singela solução, uma vez que poderá ser resolvido no bojo da presente ação. Acrescente-se, finalmente, que o nome dos mesmos não sofrerá qualquer alteração, inexistindo, por conseguinte, qualquer situação paradoxal.

Pelo exposto, é de se dar provimento ao recurso para reformar a sentença, determinando o adicionamento do sobrenome Gravina ao prenome da autora, após o nome de família do pai.

Custas, *ex lege.*

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-





**REGISTRO CIVIL - NASCIMENTO - ÓBITO - EMISSÃO DA PRIMEIRA CERTIDÃO - GRATUIDADE PARA TODOS - ARTS. 5º, LXXVI, E 236 DA CF - INTELIGÊNCIA - LEI Nº 9.534/97 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICÁCIA ATÉ QUE SEJA SUSPENSA PELO STF**

**- Conquanto desperte profunda perplexidade a imposição de gratuidade do registro civil de nascimento e óbito, com a emissão da primeira certidão, em favor dos não reconhecidos pobres, pela Lei Federal nº 9.534/97, ante o disposto no *caput* do art. 236 e do seu § 2º, da CF, bem assim no inciso LXXVI, letras *a* e *b*, do art. 5º da mesma Carta Magna, e atendo-se a que o Estado não pode obrigar o particular a prestar serviços gratuitos aos cidadãos não necessitados, sob pena de se caracterizar um regime de escravidão imposto pelo Estado, há que se concluir pela eficácia da Lei nº 9.534/97, de cumprimento obrigatório, até que o STF lhe suspenda a eficácia.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 154.969/0 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Registro civil de nascimento e óbito, com emissão da primeira certidão respectiva - Gratuidade: CF, art. 5º, LXXVI, aos carentes; Lei nº 9.534/97, a todos - Inconstitucionalidade desta lei argüida perante o STF - Suspensão, pela Corte Superior do TJMG, de provimento da Corregedoria-Geral de Justiça Estadual, alertando sobre o seu cumprimento obrigatório. - Conquanto desperte profunda perplexidade a imposição de gratuidade do registro civil de nascimento e morte, com a emissão da primeira certidão, em favor dos não reconhecidos pobres, pela Lei Federal nº 9.534/97, ante o disposto no *caput* do art. 236 e do seu § 2º, bem assim no inciso LXXVI do art. 5º da CF, e atendo-se a que o Estado não pode obrigar o particular a prestar serviços gratuitos aos cidadãos não necessitados, sob pena de se caracterizar um regime de escravidão imposto pelo Estado, há que se concluir pela eficácia da Lei nº 9.534/97, de cumprimento obrigatório, até que o STF lhe suspenda a eficácia.

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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Consoante relatório que integro a este voto, cuida- se de reexame necessário

de sentença que concedeu a segurança, garantindo o direito à gratuidade do registro de nascimento e a emissão da certidão, por disposição da CF, art. 5º, inciso LXXVI, e da Lei Federal nº 9.534/97.

A Srª Oficiala do Registro Civil de Pessoas Naturais, indigitada coatora, ofertou "contra-razões", alertando sobre a ADIN proposta perante o STF, e a suspensão da sua eficácia por liminar deferida pela eg. Corte Superior do TJMG, Rel. o em. Des. Cláudio Costa, ao suspender o cumprimento dos efeitos do Provimento nº 029/98 (Aviso nº 025/98) da eg. Corregedoria-Geral de Justiça Estadual, desobrigando o seu cumprimento. Anexou cópia do julgamento pela eg. Corte Superior supramencionada. Pede a reforma da sentença, denegando-se a ordem.

Anoto já me ter vindo à apreciação idêntica *quaestio*, ainda pendente de julgamento, egressa da mesma comarca, na Apelação Cível nº 153.774/5.

Conheço do reexame, *ex vi* do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, para confirmar a r. sentença, acorde com os pareceres ministeriais.

Com efeito, como lucidamente observado pelos doutos representantes do MP, o caso em apreço revolveria pretensão de pai reconhecidamente pobre, aplicando-se-lhe o inciso LXXVI do art. 5º da CF/88.

Todavia, a Srª Oficiala de Registro assevera não ser pobre o impetrante, não se enquadrando nas disposições constitucionais (art. 5º, LXXVI).

Colacionou jurisprudência do eg. 1º Tribunal de Alçada de SP, contrária às imposições da referida Lei nº 9.534/97, consoante opinião do MM. Juiz do 1º Tribunal de Alçada, Dr. Kioitsi Chicuta, vista em *Registros Públicos e Segurança Jurídica*, de SÉRGIO ANTÔNIO, Fabris Editor, p. 59, *verbis:*

"Dizer-se hoje, por exemplo, que os registros civis integram o direito de cidadania e que, portanto, devem ser gratuitos, é desconhecer regra comezinha vedatória do trabalho escravo, obrigando particulares a suportar, com exclusividade, prejuízos a que não deram causa e pelo simples motivo de esta ser a vontade do Estado e que, por seu lado, nada desembolsa".

Há que se concluir com o culto e criterioso Dr. Promotor de Justiça, Dr. Mário José de Oliveira, não ser recurso apelatório o reexame necessário determinado por norma legal, descabendo, por isso, "contra-razões", assim denominada a manifestação da Srª Oficiala de Registros, apontada autoridade coatora.

Entretanto, cabível é, no reexame, a análise de suas razões, contrárias à concessão do *writ*, em atendimento à pretensão jurisdicional, pelo que anoto:

1. No MS nº 118.074/4, impetrado perante a eg. Corte Superior do TJMG, buscando declarar-se a inconstitucionalidade da Lei nº 9.534/97, o em. e preclaro Relator Des. Cláudio Costa concedeu a liminar, à evidência, suspendendo a eficácia do Provimento nº 029/98 da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, pois o TJMG não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei federal, tendo o STF, perante o qual se propôs ADIN, indeferido a liminar pedida. Portanto, a referida lei continua operativa, consoante o voto do em. Vogal, Des. Fernandes Filho, proferido no MS mencionado nº 118.074/4, por mim modestamente apoiado.

Portanto, a gratuidade se impõe, mesmo aos cidadãos não reconhecidamente "pobres".

2. Causa perplexidade, efetivamente, a disposição da lei hostilizada, parecendo não se harmonizar com o disposto no inciso LXXVI do art. 5º, e no art. 236, *caput* e § 2º, da CF/88:

"LXXVI - são gratuitos *para os reconhecidamente pobres*, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito" (grifou-se).

"Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos *em caráter privado*, por delegação do Poder Público.

§ 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para *fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro*" (grifou-se).

Sabe-se que o Estado não pode obrigar o particular a prestar serviços gratuitos, máxime a cidadãos não necessitados, sob pena de se caracterizar um regime de escravidão imposto pelo Estado, consoante opinião do em. Juiz do 1º TAESP, Dr. Kioitsi Chicuta, transcrita pela Srª Oficiala em suas "contra-razões", acima colacionadas.

Quiçá a preocupação da garantia do exercício da cidadania tenha levado o legislador ordinário federal a *extrapolar* o permissivo constitucional garantidor da gratuidade "para os reconhecidamente pobres", para o registro civil de nascimento e óbito (art. 5º, LXXVI, *a* e *b*), bem como a *contrariar* o disposto no art. 236, § 2º, da CF.

A Lei nº 9.534/97 parece contrariar o sistema político *federativo*, no qual os Estados-membros mantêm sua *autonomia* administrativa, enquanto que, no sistema *unitário*, os Estados-membros *não gozam de autonomia*, sistema este no qual caberiam as disposições contidas na verberada Lei nº 9.534/97, nos moldes da superada Constituição Federal outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, em vigor até 1946.

Assim, com as ressalvas postas, em reexame necessário, confirmo a sentença *sub examine*.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

## IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - PRODUTOS DERIVADOS DO PETRÓLEO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO - CONVÊNIOS - APLICAÇÃO - LEGALIDADE - CONSTITUCIONALIDADE

**- Os convênios que regulamentam a substituição tributária relativa às operações que transferem petróleo e seus derivados para outro Estado são constitucionais e legais, firmados em atendimento à norma do § 8º do artigo 34 do ADCT da Carta Federal, contendo regras que definem política tributária objetivando uma melhor e mais correta distribuição do ICMS entre as Unidades da Federação.**

**- A aplicação dos convênios regulamentadores da substituição tributária relativa às operações de petróleo e seus derivados não afronta o princípio da irretroatividade da lei, porquanto são normas apenas regulamentadoras, sem finalidade de instituir ou aumentar o tributo, o qual já existia nas operações com combustíveis e afins, anteriormente à edição do convênio.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 155.093/8 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: ICMS - Produtos derivados do petróleo - Substituição tributária. - A aplicação dos convênios regulamentadores da substituição tributária não afronta o princípio da não-retroatividade da lei, porquanto são normas apenas regulamentadoras, sem finalidade de instituir ou aumentar o tributo, o qual já existia nas operações com combustíveis e afins, anteriormente à edição do convênio.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 1999. - *Antônio Hélio Silva - Relator.*

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - É de se conhecer do recurso.

Versam os autos sobre ação anulatória de débito fiscal, julgada improcedente, e, não se conformando, a autora recorreu, alegando, em síntese, que o auto de infração está eivado de ilegalidade, pois aplicou a lei a fato pretérito, que a exigência fiscal não encontra supedâneo na legislação, eis que os dispositivos evocados pelo Fisco são de vigência posterior a março/89; que o Convênio ICMS nº 10/89 é autorizativo, dependia, portanto, de ratificação nacional e regulamentação por cada Estado; que o Estado não podia exigir o recolhimento do ICMS relativamente às operações realizadas em março de 1989; que a norma regulamentadora do Convênio nº 10/89 só foi editada e publicada em maio/89, não havendo, portanto, em março daquele ano, qualquer ato determinando a retenção do imposto.

A hipótese da substituição tributária em torno do ICMS nada mais é que o deslocamento temporal da incidência deste imposto, assegurado o abatimento respectivo na operação de venda a consumidor final. Tal sistema encontra-se previsto no artigo 128 do CTN, cuja regra foi convalidada pelo artigo 155, § 2º, inciso XII, *b*, da Constituição Federal, e artigo 34 do ADCT da referida carta, que ensejou a celebração de convênios, com vista à regulamentação provisória da matéria.

O Decreto-lei nº 406/68 e o Convênio ICMS nº 66/88 já permitiam, antes da Lei Complementar nº 87/96, a inclusão da autora no sistema de substituição tributária, conforme vinha sendo decidido, de forma dominante, pela jurisprudência. Assim, as regras para a designação do substituto tributário constam do Decreto-lei nº 406/68, com os acréscimos da LC nº 44/83, estando sintetizadas no Convênio nº 66/88, artigo 25, pelo que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na disposição sobre a substituição tributária, autorizada pela própria Constituição Federal, conforme já fizemos constar.

É reiterado o entendimento de que os convênios que regulamentam a substituição tributária relativa às operações que transferem para outro Estado petróleo e seus derivados são constitucionais e legais, firmados em atendimento à norma do § 8º do artigo 34 do ADCT da Carta Federal, contendo regras que definem política tributária objetivando uma melhor e mais correta distribuição do ICMS entre as Unidades da Federação.

Dúvida não há quanto à imposição da Constituição Federal de não se poder exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça e de não se poder cobrá-los ou exigi-los em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os tiver instituído ou aumentado. Todavia, este não é o caso dos autos.

Conforme bem colocado na sentença apelada, o Convênio ICMS nº 10/89, bem como o Decreto nº 29.481/89, não instituíram e nem aumentaram qualquer tributo, eis que a obrigação de recolher o ICMS nas operações com combustíveis e afins já existia à época dos fatos geradores, ou seja, em março de 1989, tendo referidas normas apenas aplicado o regime da substituição e alterado a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, atribuindo-a ao distribuidor, como substituto.

Nenhuma infringência houve ao princípio da irretroatividade da lei, porquanto referidos atos normativos apenas regulamentaram o instituto, o

qual, inclusive, já era previsto na Lei nº 6.763/75.

De se considerar, ainda, que o Estado de Minas Gerais, arrimado nesta Lei nº 6.763/75, fez editar o Decreto nº 29.481/89, que tratou dos contribuintes substitutos fora do Estado de Minas Gerais, sendo referido decreto regulamentador, com finalidade, portanto, de explicar a lei e facilitar sua execução. Assim, considerando a existência da lei anterior (6.763/75) e o próprio Convênio nº 10/89, e com base no decreto citado, o Estado passou a exigir a aplicação do sistema da substituição tributária a partir de março de 1989 (art. 3º, § 7º, Decreto nº 29.481/89) para os produtos derivados de petróleo, o que é absolutamente legal, em face da preexistência que previa a aplicação deste sistema, não havendo, pois, que se falar em afronta ao princípio da não-retroatividade da lei tributária.

Desta forma, a pretensão recursal não merece acolhida, porquanto nenhuma violação houve a princípios constitucionais ou legais, sendo inconsistentes as alegações da apelante, desprovidas de sustentação capaz de alterar a sentença.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*O Sr. Des. José Brandão de Resende* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO - CARÁTER ELIMINATÓRIO - PERFIL EXIGIDO - FATORES NECESSÁRIOS - ESPECIFICAÇÃO OBJETIVA - AUSÊNCIA - ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INFRINGÊNCIA

**- Contraria o art. 37 da CF a exigência do exame psicotécnico, de caráter eliminatório, em concurso público, sem a especificação prévia na lei ou no edital dos critérios objetivos da avaliação, dos testes a serem aplicados, dos responsáveis pela aplicação e aferição dos resultados, sem interferência do estado momentâneo psicossomático de cada examinando, pois do contrário haverá desacato aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e publicidade.**

**- O inciso II do art. 37 da CF condiciona a investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, não às avaliações psicológicas, realizadas em caráter reservado e sem oportunidade de contradição, garantidas no inciso LV do art. 5º da CF.**





**- É incompatível com o texto constitucional a adoção de um "perfil psicológico", em que se devam encaixar todos os candidatos, por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade aos cargos públicos, dada a individualidade própria de cada candidato.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 155.431/0 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Constitucional e administrativo - Concurso público - Exame psicotécnico de caráter eliminatório - Não-especificação objetiva dos fatores necessários à padronização do perfil exigido - Art. 37 da CF - Transgressão. - Contraria o art. 37 da CF a exigência do exame psicotécnico, em caráter eliminatório, em concurso público, sem a especificação prévia, na lei ou no edital, dos critérios objetivos da avaliação, dos testes a serem aplicados, dos responsáveis pela aplicação e aferição dos resultados, sem interferência do estado momentâneo psicossomático de cada examinando, pois do contrário haverá desacato aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e publicidade. - O inciso II do art. 37 da CF condiciona a investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, não às avaliações psicológicas, realizadas em caráter reservado e sem oportunidade de contradição, garantidas no inciso LV do art. 5º da CF. - É incompatível com o texto constitucional a adoção de um "perfil psicológico", em que se devam encaixar todos os candidatos, por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade aos cargos públicos, dada a individualidade própria de cada candidato.

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 E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Moisés Elias Pereira.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Consoante relatório, cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário de sentença deferitória de mandado de segurança, ratificando a liminar deferida, impetrado por Rogério Teixeira de Oliveira contra ato considerado abusivo, ilegal e inconstitucional do Sr. Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que o eliminara do Curso de Formação de Soldados,

por ter sido reprovado no exame psicotécnico, exigido em caráter eliminatório e sem direito ao contraditório.

Voluntariamente, apela o Estado de Minas Gerais, argüindo:

1. impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, tendo sido o candidato contra-indicado no exame psicotécnico, não poderia requerer sua participação na fase seguinte do concurso; 2. ausência dos requisitos indispensáveis à impetração; 3. ter o impetrado se limitado a cumprir as normas legais e regulamentares referentes ao concurso; 4. inadmissibilidade de condenação ao pagamento de custas processuais em mandado de segurança.

Conheço do reexame, *ex vi* do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, e do recurso voluntário, interposto a tempo e modo, para confirmar a r. sentença, a despeito das lautas razões do recurso voluntário (fls. 92/114).

Com efeito:

1. Das preliminares:

1.1. Afastada é a prejudicial de *impossibilidade jurídica do pedido*, pois o impetrante se embasa em norma constitucional (art. 5º, LIV e LV), contra o disposto no item 7.2. do edital: "Não caberá pedido de revisão contra o exame psicotécnico..." (doc. de fls. 19/23) e o caráter eliminatório, sem direito ao contraditório.

Rejeito a preliminar.

1.2. Igualmente extrapola as garantias constitucionais a alegada "impossibilidade jurídica do pedido", ante o disposto no art. 5º, inciso LXIX, da CF, vez que se discute alegado "direito líquido e certo", objeto, aliás, do mérito da impetração.

Rejeito, ainda, esta preliminar.

2. Meritoriamente, há que se confirmar a r. sentença, que palmilha o bom direito, na dicção doutrinária e jurisprudencial, consoante jurisprudência do excelso STF, colacionada pela douta Procuradora de Justiça, além de decisões do eg. STJ, deste TJMG e desta Turma, assim se posicionando em diversos julgados, *v.g.*, nas Apelações Cíveis nº 116.454/0, j. 30/6/98; nº 114.252/0, j. 28/4/98; nº 140.477/1 etc., quando se assentou não se contestar a valia dos exames psicológicos para uma aferição global, até mesmo para a exclusão de candidatos com distúrbios acentuados de personalidade ou desequilíbrios sérios que possam prejudicar o exercício da função pretendida.

Contudo, a lei deverá estabelecer todos os requisitos para o exame de forma objetiva, *v.g.*, os fatores específicos que serão analisados, os testes que serão aplicados, os critérios decisórios, a justificação dos laudos e, inclusive, a possibilidade de recurso com a realização de novo exame.

Fora daí, "a falta de qualquer destes requisitos obviamente compromete não só a objetividade e imparcialidade do concurso, mas também a





possibilidade de se aferir seja a idoneidade técnica dos meios eleitos para atingir os fins a que se destinam, seja a correção com que tais meios foram aplicados ou a suficiência dos aplicadores para fazê-lo, deixando os candidatos inteiramente à mercê de decisões incontroláveis", como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed., SP, Ed. RT, 1990, p. 68, e, em conseqüência, a lei que não disponha nesse sentido não seria compatível com a Constituição Federal em vigor.

Tais exames devem desconsiderar ou relevar as normais alterações da personalidade, pois o estado psicológico, em determinado momento, pende de condições psicossomáticas, alteráveis por fatores momentâneos. Devem, os testes, captar o estado permanente do examinando, o "*é*", não o transitório, o "*está*", sob pena de restar irreal o exame, aliás, variável pelo próprio estado psicossomático do profissional-psicólogo que aplica ou analisa os testes. Daí se explicar a diversidade contraditória de laudos diversos que muitos candidatos apresentam.

A Carta Magna prevê, efetivamente, que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I), e a investidura neles depende de aprovação prévia em concurso *público* de provas ou de provas e títulos. Daí emergem as duas condições ou requisitos ao concurso: ser público e em condições iguais a todos os candidatos, e que a seleção seja *objetiva*, "segundo critérios e padrões aferíveis nestes termos, de tal sorte que os candidatos possam saber como e por que não lograram sucesso. O concurso não seria público, nem se garantiria sua objetividade, se os critérios fossem sigilosos ou se a decisão em face deles se apoiasse em motivos subtraídos ao conhecimento do próprio candidato, pois, em tal caso, não teria como contestá-los para exibir-lhes a improcedência ou o descabimento da solução à face deles adotada", como bem leciona o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 66, mesmo porque um dos princípios que regem as atividades da Administração Pública é o da impessoalidade (CF/88, art. 37).

Todo ato administrativo deve-se submeter aos requisitos da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, de modo hialinamente transparente, com o que não condizem as sigilosas avaliações psicológicas. Consoante, ainda, o Mestre supramencionado, *in ibidem*, p. 67, "Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão objeto de análise, dos testes a serem utilizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais".

Consoante SEABRA FAGUNDES, ao examinar a tese da inconstitucionalidade, assim da legitimidade do exame psicotécnico, argúi sua total carência de cientificidade, atacando sua elevação à condição de prova eliminatória:

"Ministério Público. Concurso. Provas. Exame psicotécnico. Inconstitucionalidade. - É inconstitucional o dispositivo da lei fluminense, quando condiciona a habilitação em concurso público para a carreira do Ministério Público a aprovação final em exame psicotécnico, pela fluidez mesma dos dados com que joga. Não ensejando base objetiva para impugnação, deixa o candidato à mercê dos erros de juízo" (*Rev. de Dir. Administrativo*, v. 109, p. 280).

Consoante jurisprudência do colendo STJ:

"Mandado de segurança. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Concurso. Exame psicotécnico. Entrevista. Possibilidade de arbítrio ou favoritismo. Candidato considerado 'não recomendado'.

(...)

II - O desdobramento do exame psicotécnico em duas fases - bateria de testes e entrevista - não pode levar ao ponto de que seja o candidato considerado, na entrevista, 'não recomendado' para as demais fases do concurso, em outras palavras, considerado 'inapto', em virtude de sua natureza subjetiva e do superpoder que se confere ao entrevistador, que, na realidade, a torna discriminatória.

III - A entrevista não é exame e nem pode integrá-lo, pois há possibilidade de arbítrio" (STJ, REsp nº 11.087-DF, Rel. Min. Pedro Acioli).

Realço colação de julgado do excelso STF, pela douta Procuradora de Justiça:

"O STF, em sucessivos julgados, vem fulminando os exames psicotécnicos previstos em ato administrativo:

'Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público. Ingresso no serviço público. Exame psicotécnico. CF, art. 37, I. - Somente lei, ato normativo primário, pode estabelecer requisitos para o ingresso no serviço público. CF, art. 37, I. No caso, o exame psicotécnico está previsto em ato administrativo apenas: ilegitimidade. - Recurso especial inadmitido. Agravo não provido' (Agravo nº 17.287-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento 12/11/96, Segunda Turma)".

Reporto-me à jurisprudência do STJ, em *RTJ*, 141, p. 299/304.

Longe pertinente, ainda, a ementa ao v. acórdão proferido na Apelação Cível nº 63.999/7-BH, Rel. o em. Des. Bady Curi, j. 31/10/96, *in "Jurisprudência Mineira"*, v. 138/139, p. 204, colacionada na r. sentença:

"Concurso público. Exame psicotécnico eliminatório. Não-especificação objetiva dos critérios de aferição. Constituição Federal, art. 37. Transgressão.

(...)

É incompatível com a Constituição Federal, sendo, em conseqüência, ilegal, a eliminação de candidato em concurso público, por reprovação em exame psicotécnico, sem a especificação prévia na lei ou no edital dos critérios objetivos da avaliação dos testes a serem aplicados, ficando a critério do aplicador do teste decidir se a personalidade do candidato é adequada ou não ao cargo".

3. Quanto ao pagamento das custas, são elas devidas, por força da sucumbência, sendo excluídos, apenas, os honorários advocatícios, nos moldes das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Assim, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO RECOLHIDA AO INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ - ABATIMENTO - POSSIBILIDADE - LEGITIMIDADE DE PARTE - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - LÓGICA DOS ARGUMENTOS - INÉPCIA DA INICIAL - AUSÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA - PERCENTUAL - MARCO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA**

**- Sendo do autor a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, é parte legítima para postular a repetição dos valores indevidamente pagos.**

**- Se o pedido é juridicamente possível e os seus argumentos foram logicamente expostos, decorrendo perfeita compreensão do que se postula, não há que se falar em inépcia da inicial.**

**- A cota de contribuição devida ao IBC, nas exportações de café para o exterior, não pode ser incluída na base de cálculo do ICMS, sob pena de se ferir o artigo 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, que tem eficácia de lei**

**complementar, pois que a expressão valor líquido faturado é o valor da operação internacional de compra e venda de café, ao qual é aplicado o valor mínimo de registro, ou seja, a sua expressão numérica fixada pelo órgão competente.**

**- Na repetição de indébito, mostrando-se elevados os juros de mora, fixados em 1% (um por cento) ao mês, devem ser reduzidos para 0,5 % (meio por cento) ao mês, devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 156.279/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Tributário - ICM - Exportação de café - Abatimento da quota de contribuição recolhida ao Instituto Brasileiro do Café. - Não há como se considerar que o § 8º do art. 2º do Dec.-lei nº 406/68, ao estabelecer que a base de cálculo na saída de mercadorias para o exterior seria o valor líquido faturado, estivesse considerando tal valor diverso daquele alcançado pela mercadoria, deduzidos os ônus previstos em relação à mesma, e, portanto, a quota de contribuição para o IBC.

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 E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 1999. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, pela apelada, o Dr. José Luiz de Gouveia Rios e, pela segunda apelante, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

*O Sr. Des. Orlando Carvalho* - Conheço da remessa necessária, porque a matéria se submete ao duplo grau de jurisdição, e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de repetição de indébito proposta por Sociedade Mogyana Exportadora Ltda. contra a Fazenda Pública Estadual, alegando, em síntese, que a cota de contribuição paga ao ex-IBC, nas exportações de café para o exterior, não poderia compor a base de cálculo do ICMS, conforme exigência do Convênio nº 27/87, pois que a base de cálculo do ICMS é o valor líquido faturado, nos termos do Decreto-lei nº 406/68, e a mencionada cota de contribuição é um verdadeiro tributo, estando ferido, assim, o princípio da imunidade intergovernamental recíproca; que, ademais, o Convênio nº 27/87 majorou a base de cálculo do ICMS na exportação de café, o que somente poderia ser feito por lei, havendo, portanto, ofensa aos princípios da





anterioridade e da legalidade. Por fim, requereu a restituição dos valores indevidamente recolhidos, em razão da inclusão da cota de contribuição na base de cálculo do ICMS, no período de setembro de 1987 a setembro de 1988, tudo acrescido de correção monetária.

A sentença de fls. 626/631-TJ julgou procedente o pedido, condenando a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais a devolver à autora os valores recolhidos a título de ICMS incidentes sobre as cotas de contribuição, no período compreendido entre setembro de 1987 a setembro de 1988, conforme se apurar, devidamente corrigidos a partir da data em que foram pagos, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 188, STJ).

Recorreu *ex officio* o douto Juiz, uma vez que a matéria se submete ao duplo grau de jurisdição.

Recorreu também a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, às fls. 633/648. Argüiu inépcia da inicial. Argumenta que, se a requerida não delimitou de forma satisfatória o mérito da causa, se não o tornou factível de compreensão, impossível, então, que a lide viesse a ser acolhida.

Argüiu carência de ação por ilegitimidade *ad causam* ativa. Quanto à questão, alega que quem efetivamente pagou e suportou o tributo não foi a apelada. Diz que a empresa-recorrida, exportadora do café, se reembolsou devidamente do imposto recolhido, ao receber das importadoras, em pagamento, a importância totalizando o valor das mercadorias e do imposto.

Argumenta que reembolsá-la, novamente, pelo mesmo valor do tributo, através da restituição deste, redundaria em enriquecimento ilícito, porque tal expediente é contrário tanto à lei, como à moral.

Ressalta que a jurisprudência é pacífica sobre a matéria: em se tratando de ICM, o contribuinte *de jure* deve provar que não recuperou do contribuinte *de fato* o *quantum* respectivo.

No mérito, em síntese, alega que não existe respaldo para o pedido da alegada inconstitucionalidade da inclusão da cota de contribuição, por significar esta aumento do imposto sem lei, e, ao pugnar pela reforma da sentença, argumenta que, se por um lado, o art. 2º, I, do Dec.-lei nº 406/68 e a Súmula nº 572 do STF vedam a inclusão, na base de cálculo do ICM, das parcelas que discriminam - e somente estas -, por outro lado, não autorizam a exclusão de nenhuma outra que já esteja naturalmente embutida no valor da mercadoria, quais sejam, por exemplo, o ICM e a quota de contribuição, calculados "por dentro" do preço e deste fazendo parte integrante e indissociável.

Inconforma-se, ao fim, com a condenação de juros de 1% (um por cento) ao mês.

A apelada apresenta suas con-

tra-razões às fls. 650/661, refutando os argumentos trazidos.

O Ministério Público justifica o não-oferecimento de parecer recursal.

Verifica-se a partir de fls. 660 equívoco na numeração de fls. por parte da d. Secretaria, cuja retificação fica determinada.

Nenhum reparo merece a r. sentença, com todo respeito às lúcidas razões trazidas pela recorrente. Entretanto a matéria não é nova.

Nas preliminares:

Argüiu carência de ação por ilegitimidade *ad causam* ativa. Alega que quem efetivamente pagou e suportou o tributo não foi a apelada. Diz que a empresa-recorrida, exportadora do café, se reembolsou devidamente do imposto recolhido, ao receber das importadoras, em pagamento, a importância totalizando o valor das mercadorias e do imposto.

Para a recorrente reembolsá-la, novamente, pelo mesmo valor do tributo, através da restituição deste, redundaria em enriquecimento ilícito, porque tal expediente é contrário à lei e à moral.

Como deciciu o MM. Juiz sentenciante, cujos argumentos reforço, "não pode ser acolhida a alegação de que a autora é parte ativa ilegítima.

Sendo da autora o encargo de proceder ao recolhimento do ICMS, é parte legítima para postular a repetição dos valores indevidamente pagos.

Eventual direito de terceiros que tenham sido sobretaxados, aos quais caberia ver restituído o seu valor, não cabe ser discutido neste processo".

Como a autora é a responsável pelo recolhimento do ICMS, tem legitimidade para postular a repetição dos valores indevidamente pagos.

Fica rejeitada a preliminar.

Não há que se falar em inépcia da inicial. À evidência, verifica-se que o pedido é juridicamente possível, e os seus argumentos foram logicamente expostos, decorrendo perfeita compreensão do que se postula. Rejeito a preliminar.

No mérito, a questão não é complexa, como a princípio pode parecer. Como já se decidiu, a matéria não mais oferece controvérsias, tanto que se trata de questão sumulada pelo STJ, no seguinte sentido:

"49 - Na exportação de café em grão, não se inclui na base de cálculo do ICM a quota de contribuição a que se refere o art. 2° do DL n° 2.295, de 21/11/86".

Tratando-se de matéria já sumulada pelo STJ, é desnecessário fazer maiores considerações sobre a questão jurídica.

Quanto ao valor do ICMS a ser





devolvido em virtude da indevida utilização da base de cálculo, o mesmo será apurado através de levantamento contábil a ser realizado em fase de liquidação.

Anota a diligente Promotora, à fl. 623, que se firmou o entendimento de que a cota de contribuição devida ao IBC - contribuição de monopólio justificada pela intervenção no domínio econômico - é um tributo federal, que não pode compor o valor líquido faturado, sobre a qual incidirá o ICMS, sob pena de se ferir a imunidade tributária recíproca.

Ademais, tal cota de contribuição não pode ser incluída na base de cálculo do ICMS, sob pena de se ferir o artigo 2°, § 8°, do Decreto-lei n° 406, de 1968, que tem eficácia de lei complementar, pois que a expressão valor líquido faturado é o valor da operação internacional de compra e venda de café, ao qual é aplicado o valor mínimo de registro, isto é, a sua expressão numérica fixada pelo órgão competente (RE n° 22.498/0-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

A propósito, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos acórdãos unânimes aos REsp's n°s 4.429-PR, 3.933-PR, 3.893-SP, 3.929-PR, Relator Ministro Armando Rollemberg:

"Tributário - ICM - Exportação de café - Abatimento da quota de contribuição recolhida ao Instituto Brasileiro do Café. - Não há como se considerar que o § 8° do art. 2° do Dec.-lei n° 406/68, ao estabelecer que a base de cálculo na saída de mercadorias para o exterior seria o valor líquido faturado, estivesse considerando tal valor diverso daquele alcançado pela mercadoria, deduzidos os ônus previstos em relação à mesma, e, portanto, a quota de contribuição para o IBC. Quanto à referência contida na referida norma legal, relativa a frete, seguro e despesas de embarque, tem a finalidade de não fazer a base de cálculo do imposto menor do que o valor líquido da mercadoria, não interferindo, porém, na conceituação de tal valor. Recurso provido" (*DJ* de 03/12/90).

Procede o pedido da autora. Os valores recolhidos a título de ICMS sobre a cota de contribuição, a serem devolvidos, serão apurados em liquidação de sentença, com base nos documentos apresentados e nos livros fiscais da autora, de acordo com a relação apresentada à fl. 22 dos autos, se necessário, eis que não houve contrariedade ao valor apresentado pela autora.

No que pertine aos juros, o percentual, como foi determinado, se me mostra elevado.

Já se decidiu que:

"Os juros de mora na repetição de indébito, devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula n° 88 do STJ), no caso concreto, devem ser de 6% ao ano" (REsp n° 111.524-SE, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 02/03/98).

"Os juros moratórios de 6%

(seis por cento) ao ano (CC, artigo nº 1.062, e artigo 1º da Lei nº 4.414/64) são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 188 do STJ)" - (REsp nº 117.134-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 19/12/97).

Pelo exposto, reformo parcialmente a sentença no reexame necessário, tão-somente para que os juros de mora sejam reduzidos para 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Antônio Hélio Silva* - De acordo.

*O Sr. Des. Garcia Leão* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

## NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ESTADO DAS PESSOAS - APRECIAÇÃO - JULGAMENTO - VARA DE FAMÍLIA - JUÍZO COMPETENTE

**- Tratando-se de ação negatória de paternidade, é competente para sua apreciação e julgamento o Juízo da Vara de Família, e não o da Vara de Registros Públicos, porquanto envolve matéria relativa ao estado das pessoas, visto que relativa à filiação, sendo a alteração do registro civil de nascimento mera conseqüência de eventual acolhimento do pedido inicial.**

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 140.908/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: A ação negatória de paternidade insere-se no âmbito daquelas afetas ao Juízo privativo da Vara de Família, eis que envolve matéria relativa ao estado das pessoas, sendo a alteração no registro civil consectário lógico de sua eventual procedência.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível 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 JUIZ SUSCITADO.

Belo Horizonte, 25 de maio de 1999. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Bady Curi* - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da Vara de Registros Públicos desta Capital, relativamente ao julgamento de ação negatória de paternidade movida por J.M.S. contra I.G.S., representada por sua mãe, M.M.





Acolheu o douto Magistrado o parecer do MP, que opinou no sentido de que, tratando-se de anulação de registro de nascimento havido por erro ou falsidade, é competente para sua apreciação o Juízo da Vara de Registros Públicos, e não o da Vara de Família, uma vez que o reconhecimento voluntário da paternidade não permite ação negatória.

*Data venia*, entendo assistir razão ao ilustre Juiz suscitante do conflito.

Retira-se dos autos que a ação proposta por J.M.S. contra I.G.S., denominada negatória de paternidade, tem por escopo "a declaração de inexistência da paternidade entre o mesmo e a requerida e, conseqüentemente, a decretação da anulação do assento de registro civil de nascimento desta última" (fls. 13).

Pretende o autor, nitidamente, ver declarada pelo Judiciário a inexistência de relação de parentesco seu com a menor, o que, sem dúvida, envolve questão de estado, visto que relativa à filiação, e que, caso seja julgada procedente, acarretará, como consectário lógico, a alteração no registro de nascimento da menor.

Como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer, fls. 29, o pedido principal formulado pelo autor é o concernente à negatória de paternidade, que, como resultado, na hipótese de ser julgado procedente, ocasionará a retificação do registro civil de nascimento de I., no qual se verificará uma alteração do que nele constar em relação à filiação, prevalecendo quanto ao mais.

Logo, em se tratando de questão de estado, impõe-se o julgamento perante o Juízo da Vara de Família, conforme o que dispõe a Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, Lei Complementar nº 38, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 66, *verbis*:

"Art. 66. Competirá a Juiz de Vara de Família processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, respeitada a competência do Juiz de Vara da Infância e da Juventude".

Em caso análogo ao dos autos, já decidiu este egrégio Tribunal pela competência do Juízo da Vara de Família para conhecer da espécie, no julgamento do Conflito de Competência nº 99.145/5, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Murilo Pereira, de cujo voto se extrai que:

"Os fundamentos jurídicos e a causa de pedir, bem como a pretensão do autor onde se contesta a legitimidade do filho, direcionam a competência para conhecer e julgar a pretensão, em razão da matéria, ao MM. Juiz ora suscitado, da 9ª Vara de Família da Capital, porque uma eventual alteração no

respectivo registro é mera conseqüência de também eventual acolhimento do pedido inicial, e não sua *causa finalis*. Como assinalou o em. Procurador de Justiça Dr. Roberto Villas Boas, ao opinar pela competência do MM. Juiz suscitado, '...tem-se que a ação negatória de paternidade insere-se dentro daquelas afetas ao juízo privativo da Vara de Família, porquanto é matéria que envolve o estado das pessoas, e o eventual acolhimento do pedido atingirá o registro civil'".

Por tais fundamentos, dou pela competência do ilustre Juiz suscitado.

É como voto.

Participaram do julgamento os Desembargadores Corrêa de Marins e Reynaldo Ximenes Carneiro.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

-:::-

**ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS - COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO (CEJA) - LAUDO DE HABILITAÇÃO - INDICAÇÃO DA CRIANÇA - EXPEDIÇÃO - INDEFERIMENTO POR SE TRATAR DE "ADOÇÃO DIRIGIDA" - RECURSOS - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - ILEGALIDADE - AUSÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSSIBILIDADE - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA**

**- Deferida a habilitação do casal estrangeiro para adoção, mas condicionada a expedição do respectivo laudo à indicação da criança pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), e posteriormente indeferida a respectiva expedição, à ocorrência de adoção dirigida, inexiste direito líquido e certo do casal contra o despacho do juiz relator que não recebe recurso de reexame interposto para o Conselho da Magistratura, se através de recurso de revisão da deliberação, de resto não acolhido pela própria Comissão, com o que mantido o indeferimento da expedição do laudo, esgotaram-se os meios previstos no pertinente.**

**- O mandado de segurança não pode funcionar como meio para criação de recursos, nem tampouco submeter a matéria decidida pela CEJA a outro colegiado, quando inexiste previsão própria, sob pena de se substituir ao legislador.**

MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 130.199/3 - Comarca de Varginha - Relator: Des. FERNANDES FILHO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda 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 DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 06 de abril de 1999. - *Fernandes Filho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela impetrante, o Dr. Éber Carvalho de Melo.

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Sr. Presidente. Ouvi, com todo respeito, a palavra sempre autorizada do orador, nosso ex-colega.

Meu voto está assim redigido.

Conheço da impetração, aos seus pressupostos.

Habilitados pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção - CEJA/MG -, para adotar uma criança brasileira, condicionada, porém, a expedição do laudo de habilitação à indicação da criança pela mesma Comissão, J.C.F. e C.C.F., franceses, requereram, em seguida, a expedição do respectivo laudo para a adoção de S.D.S., com a qual, alegaram, já conviviam mediante autorização judicial.

A CEJA/MG, por unanimidade, decidiu pelo indeferimento da indicação da criança ao casal, seguindo orientação do Relator, Juiz-Corregedor Wagner Wilson Ferreira, ao fundamento de que se tratava de adoção dirigida.

Para reconsideração desta decisão, ofereceu o casal "embargos de declaração com efeitos infringentes", *recebidos como revisão, mantido, pela CEJA/MG, o indeferimento da expedição do laudo.*

Dirigido ao Des. Presidente da CEJA, contra esta decisão os requerentes interpuseram recurso de "reexame", com fundamento no art. 13, § 7º, *e*, do Regimento Interno deste Tribunal, que atribuiria ao Conselho da Magistratura competência para reexaminar decisões do Juizado da Infância e da Juventude.

Mantido, novamente, à unanimidade, pela mesma Comissão, o indeferimento da expedição do laudo, os autos foram conclusos ao Juiz Relator, que, então, não recebeu o recurso de "reexame", por falta de previsão legal.

Contra esse ato C.C.F. impetra o presente mandado de segurança, pretendendo, anulado o respectivo despacho, seja determinada a subida do referido recurso ao egrégio Conselho da Magistratura para seu exame, ou, alternativamente, determinar que seu cabimento seja apreciado por quem de direito, pelo Des. Presidente da Comissão ou pelo Colegiado.

Sustenta a impetrante:

- a ausência de decisão sobre o recebimento do recurso ou seu encaminhamento ao Conselho da Magistratura, cujo ato seria da competência do Presidente da CEJA, a quem dirigido o

recurso, ou do Colegiado, não do Relator, que o teve por incabível, em decisão, ademais, desfundamentada;

- nos termos do art. 13, § 7º, *e*, do Regimento Interno deste Tribunal, cabível o recurso para o Conselho da Magistratura, que, sobre dele ser a competência para decidir sobre seu cabimento, reexamina decisões emanadas do Juizado da Infância e da Juventude, do qual faz parte a CEJA;

- inobservados os princípios do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e o da sujeição de qualquer lesão ou ameaça a direito ao exame do Poder Judiciário;

- diante da falta de previsão de recursos, aplica-se o princípio da fungibilidade dos recursos;

- a ausência, sequer contra o casal, de justa causa para o indeferimento da pretensão, aviada sobre menor com a qual, autorizados, teriam convivência afetiva e amorosa desde o nascimento.

*Data venia*, inexiste o direito líquido e certo invocado.

Tudo ocorreu como previsto pelo Regimento Interno da CEJA/MG: deferida a habilitação do casal, mas condicionada a expedição do respectivo laudo à indicação da criança pela CEJA, e posteriormente indeferida a respectiva expedição, à ocorrência de adoção dirigida, desta decisão recorreram os pretendentes, através de recurso para revisão da deliberação, de resto não acolhido pela própria Comissão, com o que mantido o indeferimento da expedição do laudo.

Esgotaram-se, pois, os meios recursais previstos no pertinente.

Sob pena de se substituir ao legislador, nem pode o *writ* funcionar, sabidamente, como meio para criação de recursos, nem tampouco submeter a matéria decidida pela referida Comissão a outro colegiado quando inexiste previsão própria.

Nada houve de ilegal com o ato ora atacado, que, acertadamente, considerou incabível o recurso de "reexame", em razão da ausência de sua previsão - o que não nega a impetrante nas suas razões iniciais.

Sem falar, como informa a autoridade coatora, que, à época do indeferimento da expedição do laudo de habilitação, havia outros e anteriores casais, inclusive de brasileiros, dispostos a adotar a mesma criança.

Mais, como anotado pela d. Procuradoria, o presente *mandamus* não ataca a decisão de mérito proferida pela CEJA/MG; limita-se a pretender que o recurso interposto e não recebido seja processado quando inexiste, induvidosamente, previsão a respeito.

E, ainda, estranho o acontecimento dos sérios incidentes noticiados nestes autos, decorrentes, talvez, do forte interesse pela adoção da criança, com a qual adquiriram, de certa forma, relações afetivas, diante das visitas permitidas.





Louve-se o propósito do casal, voltado, a rigor, para o bem-estar da criança, como sempre deve ocorrer nestes casos; louvável encontre ele a proibição das chamadas "adoções dirigidas", menos grave, entretanto, sabendo-se envolver criança ainda muito nova, sem maiores ligações com os pretendentes.

Lamentável que, à indefinição da situação até agora, sofra, sim, indevidamente, a infante, diante da indesejada disputa travada, vivendo em precárias e transitórias circunstâncias, pouco recomendáveis a seus reais interesses.

Por fim, e aliando-se aos demais fundamentos, registro que a presente ação experimentou impetração apenas pela mulher, com ela não participando o marido, que obrigatoriamente deveria figurar no pólo ativo.

Se sequer previsto o recurso interposto, muito menos não prosperava a pretensão de se acolher a segurança para determinar que o seu cabimento fosse apreciado por outro colegiado.

Ante o exposto, e com base no r. parecer da d. Procuradoria, denego a segurança.

Custas, na forma da lei.

*O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago* - Sr. Presidente. O voto que acaba de proferir o eminente Desembargador Relator é esgotativo da matéria tratada no presente *mandamus*.

Na verdade, inexiste manifestação de direito líquido e certo a ser defendido na ação. O que se faz é erguer um castelo emocional para, através dele, pretender ato que a própria lei da infância e da juventude proíbe. As Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção foram criadas em boa hora, diante do freqüente tráfico de menores para outros países, com fins muitas vezes escusos, inclusive com suspeita de comércio de órgãos humanos. Daí as regras que regem a Comissão Estadual Judiciária de Adoção, inclusive aquela que, após aprovar o casal candidato à adoção estrangeiro, impõe que, de qualquer forma, a criança a ser adotada há de ser indicada pela própria CEJA. Isto porque a própria lei também estabelece a preferência do nacional nas adoções de menores. E, se não se desse essa preferência, evidentemente, fatos que a lei procurava impedir estariam sujeitos a ocorrer fora da jurisdição da Comissão.

E é o que se vê acontecendo nesse caso de Varginha, em que o MM. Juiz daquela comarca, desatento de todo às cautelas impostas pela lei, permitiu uma situação de fato que veio gerar essa lamentável confusão.

Também como o eminente Desembargador Relator, entendo que a decisão contra a qual se impetra a presente segurança não foi lesiva de nenhum di-

reito líquido e certo a ser sustentado nesse plenário. E, assim, dispensando-me de outros fundamentos, acompanho integralmente o voto do eminente Desembargador Relator, cuja publicação recomendo, tendo em vista a necessidade de procurar impedir que situações semelhantes se reproduzam no Estado, com detrimento não só dos menores como da própria prestação de serviços da Comissão Estadual Judiciária de Adoção.

*O Sr. Des. Abreu Leite* - O art. 13, § 7°, letra *e*, do Regimento Interno deste Tribunal, prevê o reexame, quando provocado pelo Conselho da Magistratura, de atos do Juiz da Infância e da Juventude, atos que não são decisões da Infância e da Juventude, porque as decisões desse Juízo estão sujeitas a recurso próprio de competência das Câmaras Cíveis isoladas.

No caso específico desta impetração, foi apresentado um recurso com pedido de "reexame" pelo Conselho da Magistratura, inteiramente descabido, *data venia*, porquanto as decisões da Comissão Estadual Judiciária de Adoção têm caráter opinativo. A decisão propriamente dita sobre adoção e que desafia recurso próprio é aquela proferida pelo Juiz da Infância e da Juventude.

Com esta pequena observação, peço licença para adotar integralmente os fundamentos contidos no excelente voto proferido pelo em. Des. Fernandes Filho e também denego a segurança impetrada.

*O Sr. Des. Bady Curi* - Eu pediria um esclarecimento ao em. Relator: consta da inicial que a criança já está em convivência íntima com o casal, J.C.F. e sua mulher C.C.F., desde 2 de fevereiro de 1995, ou seja, há quatro anos e tanto. Confirma-se isso no processo?

*O Sr. Des. Fernandes Filho* - Há a alegação nos autos de que esse casal, pretendente à adoção dessa criança, com ela conviveria desde o seu nascimento.

*O Sr. Des. Bady Curi* - Vou acompanhar o voto de V. Exa., tranqüilizado, sobretudo, pelo voto do em. Des. Abreu Leite. Uma vez que a CEJA simplesmente tem caráter opinativo, as decisões são proferidas pelo Juiz de Menores, deferindo ou não o pedido de adoção. Quero que fique consignado que, se essa criança já está com esse casal há quatro anos, este processo, ou melhor, este conflito deve continuar. Essa criança, que já está há quatro anos com esse casal, deveria ter deferida a sua adoção, no meu entendimento - e há aqui um prejulgamento -, salvo um estudo social sério que desaconselhasse a adoção do menor.

Precisamos acabar com essa idéia de que estrangeiro não pode adotar e, por isto, dificultar as adoções. No Brasil, temos uma coisa interessante: toda a nossa legislação pertinente a menores tem por inspiração a proteção dele, ou seja, dentro de uma circunstância de fato propiciar o seu desenvolvimento intelectual, físico, de maneira a criar as condições para que seja amanhã um cidadão útil à coletividade e, portanto, propício também a seu próprio desenvolvimento espiritual. Isso é próprio, é bonito, mas o que estamos vendo nas ruas é menor abandonado passando fome, assaltando, sendo espancado a todo momento.





Acho que, se há uma pesquisa social de convivência do casal estrangeiro com a criança e não há prejuízo para ela, o Juízo deve deferir a adoção. Estou apenas consignando isso. Não posso fazer mais do que isso, até porque o pedido do ilustre advogado me limita. Ele pede que eu defira um recurso inexistente para que a matéria seja examinada num órgão - o Conselho da Magistratura - que, afinal, vai dizer: não conheço do recurso. Estou limitado aqui, na minha decisão, à postulação apresentada, e o que se lê na petição inicial é exatamente isto. Não fosse isso, eu estaria dando a adoção, porque essa criança já vive há quatro anos com esse casal e, ao que me parece, não há nada que recomende o contrário; tranqüilizado pelo voto do em. Des. Abreu Leite , que diz que a CEJA, no caso, deu uma decisão meramente opinativa, espero que o Juiz de Menores da Comarca de Varginha, amadurecidamente, examine melhor o caso, verificando não apenas um texto frio, mas preocupando-se, sobretudo, com a felicidade dessa criança que já está há quatro anos desenvolvendo todo um processo de afetividade com os pais adotivos. Essa criança já é sua filha.

Na verdade, acredito mais em paternidade afetiva do que em paternidade biológica. Se eles estão desenvolvendo essa paternidade afetiva, de tal maneira que vêm brigar nos tribunais, procurando advogados para manter essa criança, é porque desenvolveram realmente afetividade.

Desejo deixar isso bem claro para que fique nas notas taquigráficas, porque talvez ajude para o futuro.

Quanto ao mais, estou plenamente de acordo com V. Exa.

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Sr. Presidente. Ouvi atentamente a sustentação oral que foi produzida e os eruditos pronunciamentos constantes dos votos que foram precedentemente proferidos pelos eminentes integrantes desta Câmara.

Realmente, a adoção implica necessariamente uma provisão jurisdicional, ou seja, o vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, como está expressamente previsto no art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa Comissão Estadual Judiciária de Adoção - CEJA - está prevista expressamente pelo art. 52 do mesmo Estatuto da Criança e do Adolescente para adoção internacional.

Trata-se da comissão destinada a estudo prévio e análise para fornecer o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Portanto, esse laudo de habilitação é elemento legal, necessário à instrução do processo de adoção. Poderá

até o juiz decidir contra o laudo, não estará vinculado a decidir mediante os termos do laudo, mas o laudo de habilitação, uma vez instituída a Comissão Estadual Judiciária de Adoção para efeito de adoção internacional, torna-se elemento essencial do processo, parece-me se tratar de requisito inescusável.

Tendo em vista a importância desse laudo de habilitação, por ser um elemento maduro, que, embora não vincule, de certo modo condiciona a decisão judicial, certo seria que essa Comissão não tivesse decisão única e definitiva, tendo em vista a relevância do estudo prévio, da análise, do laudo de habilitação e, por serem princípios constitucionais ínsitos no estado democrático de Direito não apenas o duplo grau de jurisdição, mas o direito do recurso, ou direito a, pelo menos, uma reflexão reiterada para que prevaleça aquela base das garantias fundamentais, que são a ampla defesa e o contraditório.

Ideal seria a previsão de que o eg. Conselho da Magistratura, ou outro órgão, tivesse acesso, em grau de reexame, de revisão, ou mesmo de recurso, a esse estudo, a esse parecer, a esse laudo de habilitação.

Entretanto, a Resolução nº 239 da eg. Corte Superior não contempla reexame ou recurso neste caso, e por falta de previsão do reexame entendo, também, que não há o direito líquido e certo.

Certamente, aquelas observações feitas anteriormente, sobretudo quanto aos riscos da adoção internacional, são muito ponderadas, são muito adequadas e, exatamente por causa delas, não seria, no meu modo de entender, satisfatório que continuasse a existir a decisão única e definitiva de uma comissão para tratar do laudo de habilitação, que é um instrumento básico do processo de adoção.

Mas, na situação em que se encontra a estrutura normativa em vigor, realmente, não cabe o recurso, e, por esse motivo, peço licença aos eminentes membros da Câmara para acompanhá-los na denegação da segurança.

*Súmula* - DENEGARAM A SEGURANÇA, À UNANIMIDADE.

-:::-

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

**HOMICÍDIO QUALIFICADO - ESTADO DE NECESSIDADE - EVITABILIDADE DA CONDUTA - EXCLUDENTE DA ILICITUDE - NÃO-CONFIGURAÇÃO - LIBELO - NULIDADE - AUSÊNCIA - JÚRI - SOBERANIA - ART. 5º, XXXVIII, *C*, DA CF - INTELIGÊNCIA - OPÇÃO POR UMA DAS ALTERNATIVAS DE CONVICÇÃO - POSSIBILIDADE - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - PENA-BASE - FIXAÇÃO DENTRO DOS LIMITES LEGAIS - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP - DESFAVORECIMENTO AO RÉU - PENA EXACERBADA - INEXISTÊNCIA**





**- Não padece de vício capaz de gerar nulidade o libelo, se este descreve os fatos, ainda que de forma sintética, mas suficiente para demonstrar os elementos essenciais de um homicídio, apontando a vítima, bem como fazendo alusão à autoria e materialidade do delito, ensejando ampla oportunidade de defesa e possibilitando a elaboração do quesito respectivo, em proposição adequada à correta compreensão dos jurados. O simples fato de não determinar ou especificar parcela da realidade fática que motivou a qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima não gera a nulidade, não havendo, pois, preterição de elemento essencial ou descumprimento de formalidade legal.**

**- A ocisão daquele que proferiu ameaças a outrem não comparece como exclusiva ou única via capaz de afastar o suposto perigo desencadeado pelas intimidações, afastando-se o alegado estado de necessidade, mesmo porque, proferidas aquelas em tempo pretérito, não eram capazes de ensejar situação de perigo atual ou iminente.**

**- Se o Conselho de Sentença, diante das alternativas de convicção apresentadas, opta pela que lhe parece mais consistente, não se pode dizer que esta opção contraria a prova dos autos, capaz de anular o julgado, pois sua conclusão, desde que extraída do processo, há de ser prestigiada, em acolhimento à soberania que a Constituição da República (art. 5º, XXXVIII, *c*) confere ao Tribunal do Júri.**

**- Se a pena-base foi fixada dentro dos limites legais para o homicídio qualificado - de 12 (doze) a 30 (trinta) anos -, tendo o sentenciante, para a dosimetria do castigo imposto, levado em consideração os maus antecedentes, a personalidade e a extrema periculosidade do agente, sendo-lhe inteiramente desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há que se falar em exacerbação da pena.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 106.927/7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVES DE ANDRADE

Ementa oficial: Júri - Homicídio qualificado - Estado de necessidade - Evitabilidade da conduta - Excludente de ilicitude não configurada. - A ocisão daquele que proferiu ameaças a outrem não comparece como exclusiva ou única via capaz de afastar o suposto perigo desencadeado pelas intimidações, afastando-se o alegado estado de necessidade, mesmo porque, proferidas aquelas em tempo pretérito, não eram capazes de ensejar situação de perigo atual ou iminente.

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, 10 de junho de 1999. - *Alves de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Alves de Andrade* - Eugênio Auxílio Neves Filho e Davi de Souza Braga, qualificados nos autos, viram-se pronunciados nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Os fatos ocorreram em 1º de maio de 1991, por volta de 19h45m, na Rua Conceição de Ipanema, próximo ao nº 190, Bairro Jardim Leblon, nesta Capital, quando o primeiro, contratado pelo segundo, desferiu tiros de arma de fogo e aplicou golpes de faca em Wanderley Miguel Afonso. O menor E.S.B., filho do segundo, decepou a orelha da vítima, guardando-a em um recipiente contendo aguardente.

Desmembrado o processo, Davi foi julgado em 31 de outubro de 1996 e condenado a treze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (fls. 325/326), confirmando a decisão condenatória o acórdão de fls. 383/387.

Em 18 de março de 1997, Eugênio viu-se submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri. Reconheceu o Conselho, por maioria, a autoria, materialidade e letalidade; rejeitou as teses defensivas do estado de necessidade e do homicídio privilegiado; detectou as qualificadoras do homicídio mediante promessa de pagamento e do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima; acolheu a atenuante da confissão espontânea.

Mirando-se na decisão plenária, a r. sentença de fls. 351/352 impôs-lhe a pena de dezoito anos e seis meses de reclusão, em regime fechado.

Inconformado, Eugênio recorreu, protestando pela apresentação de suas motivações em instância superior (fls. 359).

Depois de intermináveis idas e vindas, as tentativas de intimar a defesa do apelante findaram-se através do documento de fls. 403, certificando que o causídico designado não apresentou as razões recursais.

Visando afastar prejuízos aos interesses do réu, nomeei o Dr. Reginaldo Márcio Pereira - *indicado pela Defensoria Pública* - para exercitar, nesta fase, o múnus defensivo (fls. 403).

Finalmente, ofertou-se o erudito arrazoado de fls. 405/411, sustentando preliminarmente: o libelo acusatório de fls. 260 não especificou o que seria o "recurso que impossibilitou a defesa da vítima", obstando a defesa na contrariedade e em plenário, além de preterir formalidades essenciais. Alega manifesto prejuízo para a defesa.





No mérito, assevera que a decisão contrariou as provas dos autos, no que pertine ao estado de necessidade. Alternativamente, afirma que a pena se fez exacerbada.

Contra-razões às fls. 414/416, rebatendo as teses defensivas.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, através de judicioso parecer da lavra do Dr. Alexandre Carvalho, fls. 418/428, opina pelo não-provimento.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

*1. Da preliminar.*

Não detecto defeito formal ou de substância no libelo de fls. 253, que descreve os fatos, de forma sintética, porém suficiente, mencionando os elementos essenciais de um homicídio qualificado.

Tais elementos delineiam um homicídio, figurando como sujeito passivo a vítima Wanderley Miguel Afonso. A autoria é atribuída a Eugênio Auxílio Neves, que efetuou disparos de arma de fogo e desferiu golpes de faca, para conseguir seu intento homicida.

Alude à materialidade, letalidade e autoria, mencionando que o réu agiu mediante promessa de recompensa e que utilizou de recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Conclui pedindo a condenação, nos termos do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal. Indica, ao final, as testemunhas.

Perceptível, portanto, que o *libellum accusatorium* não padece de vício que o macule, apresentando-se formalmente apto a gerar seus efeitos específicos. Em substância, ensejou ampla oportunidade de defesa, possibilitando, ademais, a elaboração do quesito respectivo, em proposição adequada à correta compreensão dos jurados, o que guardou estreita pertinência ao conteúdo da sentença de pronúncia.

A propósito, o Sumariante enfatizou, à fl. 230: "Outrossim, pela narração de Eugênio, sua ação foi repentina, dificultando-se ou impossibilitando-se a defesa do ofendido". A menção expressa da qualificadora no libelo, assentada nos limites da pronúncia, ofereceu azo à plenitude da defesa, que sabia exatamente o que contra-atacar, oferecendo os argumentos e provas disponíveis, o que esconjura a mais mínima possibilidade de prejudicar o múnus defensivo. Não se concretizaram prejuízos para os interesses do réu.

O simples fato de não determinar ou especializar a parcela da realidade fática que motivara a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima não gera nulidade, porque a nominou, não havendo, pois, preterição de elemento essencial ou descumprimento de formalidade legal.

Nestes termos, não há nulidade a suprir.

*2. Mérito.*

A materialidade encontra-se positivada no auto de corpo delito de fls. 36/38 e laudo de fls. 52/61.

Autoria indene de dúvidas, confirmando-a o próprio réu (fls. 347/347-v.), em sintonia com as demais provas.

Dos elementos de convicção encartados nos autos, possível inferir que Davi Braga contratou Eugênio para que este eliminasse Wanderley: "Davi chegou para o declarante e pediu para matar Wanderley e que daria um dinheiro para o declarante sair fora" (*sic*) (fls. 15).

No dia dos fatos, 1º de maio de 1991, o apelante, avisado da presença da vítima na favela, muniu-se de armas e ficou à espreita.

Quando divisou Wanderley, disparou a arma e, estando este inerte no solo, golpeou-o com uma faca por diversas vezes: "ficou por mais de vinte minutos esperando que a vítima aparecesse, para matá-la; que, vendo Wanderley, o chamou pelo nome e, sem que o mesmo nada dissesse, atirou contra ele, que caiu; que ato contínuo o interrogando deu-lhe algumas facadas".

A defesa agita a excludente do estado de necessidade, o que não se coaduna com a própria narrativa contida no interrogatório do réu, à fl. 346-v.

Diz o apelante que o co-réu e o filho E. se queixaram de que a vítima teria furtado deles um televisor, um violão e um aparelho de som. Teria, ainda, dado alguns tiros na porta da residência daqueles. Resolveu, então, tomar-lhes as dores e prometeu que mataria Wanderley.

Ora, tais fatos não se coadunam com o instituto do art. 24 do Código Penal, o qual exige uma definida situação de perigo para determinado interesse jurídico, que somente poderia ser afastado com a lesão de outro interesse jurídico.

Os alegados furtos não servem para justificar o homicídio, porque são fatos consumados, não se caracterizando, desta forma, o perigo atual ou iminente. Afirma a testemunha de fls. 172: "que o furto praticado pela vítima no quartinho do boteco do acusado Davi ocorreu cerca de dois a três meses, antes do assassinato da vítima".

Ensina DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS que: "Só o perigo atual ou iminente permite a conduta lesiva. Se já ocorreu ou se é esperado no futuro não há estado de necessidade" (*Direito Penal*, v. 1, Saraiva, p. 324).

Por outro lado, as supostas ameaças não restaram provadas. Mesmo que fossem, a morte não seria a única alternativa para remover o perigo. Diante de uma ameaça, cabe reclamar providências à Polícia. Não se defere a ninguém, quando se supõe ameaçado, o direito de matar quem quer que seja. As intimidações, proferidas em tempo pretérito, não são, ademais, capazes de ensejar situação de perigo atual ou iminente.





O comportamento lesivo do agente era, portanto, perfeitamente evitável, o que exclui o invocado estado de necessidade.

Além do mais, as palavras do acusado à fl. 15 são claras, ao mencionar que aceitara executar a empreitada, a mando de outrem: "Davi chegou para o declarante e pediu para matar Wanderley e que daria um dinheiro para o declarante sair fora... o declarante disse que se tivesse o suficiente para sair fora e viajar estava bom" (*sic*).

Diz o réu na acareação de fls. 23: "Davi foi quem pediu que consumasse o delito... que para isso lhe foi prometido uma certa quantia em dinheiro que na época não foi precisado" (*sic*).

Esta evidência se confirma à fl. 18-v.: "após a consumação do delito, veio a saber através do próprio Eugênio, que o seu pai (o) havia contratado para assassinar Wanderley".

Do mesmo teor as informações de fls. 29-v.: "o informante também viu quando seu Davi passou a quantia de hum mil cruzeiros para Eugênio, dizendo: 'isso é para você sair fora'".

A motivação para a conduta delitiva se evidencia na promessa de recompensa em pecúnia, a sepultar, com pá de cal, a desculpa do estado de necessidade.

Os depoimentos *supra* são mais do que suficientes para demonstrar a qualificadora do art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, mais especificamente "mediante paga ou promessa de recompensa".

Os autos indicam, ainda, que a vítima não esperava o ataque, perpetrado de inopino, de forma insidiosa. Diz o réu, à fl. 346-v., que ficou aguardando a chegada da vítima por mais de vinte minutos, para atacá-la de surpresa com um disparo e, depois de abatida, perfurá-la várias vezes.

A segunda qualificadora, traduzida no emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, também está devidamente provada.

*Diante do robusto acervo probatório, facilmente perceptível que a conclusão dos jurados encontra estofo confortável nos elementos de convicção defluentes dos autos.*

Neste contexto, não se pode afirmar que tenha o Tribunal Popular se divorciado da prova. Na verdade, palmilhou os caminhos da verdade e julgou conforme os elementos de convicção encartados no processo.

Todavia, ainda que se admitisse que outra compreensão factual, diferente da sufragada pelo Conselho, fosse pelo menos razoável, com algum amparo nos dados, mesmo assim não se poderia considerar como arbitrário o veredicto.

O Conselho, diante das alternativas apresentadas, optou pela que lhe parecia mais consistente. *Desde que extraída dos autos, sua conclusão há de ser prestigiada, em acolhimento à soberania que a Constituição da República - em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c - confere ao Tribunal do Júri.* Tão-somente se esta opção contrariar as provas de modo frontal, aí então poder-se-ia anular o julgado, porque delineado o *error in judicando*, o que não é o caso dos autos.

*3. Da fixação da pena.*

Ao contrário do que afirma a erudita defesa, o documento de fls. 227 é suficiente para demonstrar os maus antecedentes, a personalidade distorcida e a extrema periculosidade.

Não bastasse o informe policial, as testemunhas dão conta de que o réu cumprira pena pelo crime de assalto, em abono às conclusões acima: "Eugênio é um foragido da penitenciária de São Paulo e temido ali no bairro" (fls. 32-v.).

São palavras do próprio recorrente: "já foi condenado em Avaré/SP a uma pena de treze anos e seis meses de reclusão, pelo art. 157 do CP, tendo cumprido nove anos e cinco meses, tendo fugido antes de cumprir o restante da pena; aqui na Comarca de Belo Horizonte está condenado num total de cinco anos e meio de reclusão, por furto" (fls. 347).

A crueldade do apelante se evidencia, diante dos depoimentos de fls. 33-v.: "após ter esfaqueado bem a vítima Eugênio ordenou, após ter retirado uma segunda faca da cintura, a E. que 'cortasse a orelha de Wanderley p'rá levar para o morro e mostrar todo mundo'".

Por outro lado, não se indica de que modo teria a vítima contribuído para a eclosão do mercenário homicídio. Nada mais que palavras se produziram em torno de supostas ameaças que teriam sido proferidas pelo ofendido.

Inteiramente desfavoráveis ao agente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A pena-base foi fixada dentro dos limites legais do homicídio qualificado - de doze a trinta anos -, justificando-se o *quantum* de dezenove anos, em face das circunstâncias judiciais analisadas pelo douto Sentenciante.

Em seguida, aplicou as circunstâncias legais. Diminuiu a pena-base em seis meses, em decorrência da atenuante reconhecida, e fez o aumento decorrente da segunda qualificadora, que tem a função, no caso, de agravante. Concretizou o castigo corporal em dezoito anos e seis meses de reclusão, para serem expiados em regime fechado, nos termos da legislação pertinente.

Não considerou circunstâncias de aumento ou diminuição, porque nenhuma delas se materializou na hipótese vertente.

Na verdade, a incursão do agente em anteriores aventuras delituosas, logrando condenações, não funcionou na categoria da agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, mas serviu, como era curial, para aferir seus antecedentes e revelar o pendor de sua tisnada personalidade. Assim, pouco importa não se juntassem as condenações que amealhou na senda do crime.

Preservou-se o critério trifásico, também chamado de Nelson Hungria, não merecendo reparos a dosimetria do castigo imposto pelo Sentenciante, que observou as diretrizes legais e se ateve aos pressupostos da prevenção e retribuição, objetivos maiores da sanção penal.

Não obstante o zelo e a erudição do combativo defensor público, Dr. Reginaldo Márcio Pereira, que desenvolveu com eficiência seu mister, nego provimento ao apelo.

Estando o réu preso - fls. 357 e fls. 352 -, desnecessária a expedição de mandado de prisão.

Custas, *ex lege.*

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e José Arthur.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ESTELIONATO - CRIMES DE FALSO - CRIMES EM PROGRESSÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - ABSORÇÃO PELO ESTELIONATO

**- Se o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 118.973/7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Se o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

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, 17 de novembro de 1998. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Antônio Madureira e Silva, Vânia Mendes de Freitas, José Maria Carneiro e Elmo Costa Bichara foram denun-

ciados pela Justiça Pública, perante a 2ª Vara Criminal de Belo Horizonte, como incursos nas sanções dos artigos 171, 297, 307 e 299 do Código Penal.

José Maria Carneiro foi acusado de ter vendido a Diva Maria Mateus Vítor apartamento pertencente a ele e a sua mulher Vilma Monteiro Carneiro, tendo, porém, a respectiva escritura sido assinada fraudulentamente por Vânia Mendes de Freitas, que se fez passar pela mulher de José Maria, apresentando, para tanto, carteira de identidade falsificada e alterada, tudo com o conhecimento deste. Os demais denunciados foram acusados de terem participado do crime, seja elaborando a trama, seja falsificando a identidade apresentada ao cartório, seja pagando pelos "serviços" de Vânia Mendes de Freitas.

Finda a instrução criminal, foram os réus absolvidos dos crimes de falso a eles atribuídos, porque, constituindo esses delitos meios para a prática do estelionato, foram por este absorvidos, e do estelionato, por não haver prova do prejuízo patrimonial, elemento este considerado essencial à existência deste crime.

Em face da omissão do Ministério Público, Diva Maria Mateus Vítor, assistente da acusação, inconformada, interpôs apelação contra a v. sentença absolutória, pleiteando a condenação dos réus pelo crime de estelionato. Argumenta que, sendo nula a escritura, o prejuízo patrimonial ocorreu, seja em relação à apelante, seja relativamente à esposa de José Maria Carneiro. Quando não, estando comprovado que Vânia Mendes de Freitas se fez passar por Vilma Monteiro Carneiro, assinando a escritura, pede, alternativamente, a condenação dos acusados pelo crime previsto no artigo 299 do Código Penal.

Houve apresentação de contra-razões recursais. Nas oferecidas por Elmo Costa Bichara, alega-se, em preliminar, a intempestividade do recurso, pela apresentação das razões recursais fora do prazo legal.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

Os autos foram encaminhados ao egrégio Tribunal de Alçada, tendo, porém, a sua Primeira Câmara Criminal declinado da competência para este Tribunal de Justiça.

É o breve relatório.

A apresentação de razões recursais, além do prazo legal, não prejudica o conhecimento do recurso, pois o artigo 601 do Código de Processo Penal, ao estabelecer que os autos devem ser remetidos ao Tribunal, com ou sem razões, está implicitamente reconhecendo a irrelevância dessas razões para o conhecimento e julgamento do recurso.

Sendo assim, rejeito a preliminar argüida nas contra-razões de Elmo Costa Bichara e conheço da apelação.

Considerando as declarações de





Vânia Mendes de Freitas (fls. 23 e 96-TJ) e de José Maria Carneiro (fls. 30/31 e 198-TJ), somadas aos depoimentos de Luciene Araci Vítor (fls. 45 e 182-TJ) e Marco Antônio Vítor (fls. 54/57 e 184-TJ) e ao laudo grafotécnico de fls. 65/68-TJ, que comprova pericialmente que a assinatura de Vilma Monteiro Carneiro, aposta na escritura de compra e venda de imóvel a Diva Maria Mateus Vítor, partiu do punho subscritor da acusada Vânia Mendes de Freitas, e a assinatura de José Maria Carneiro no citado documento é autêntica, nenhuma dúvida subsiste em relação ao emprego de fraude na venda do imóvel à Sra. Diva Maria Mateus Vítor e relativamente à participação de todos os réus, inclusive dos dois acusados que não confessaram o crime, na trama planejada e executada.

Vânia e José Maria são réus confessos. Elmo Bichara e Antônio Madureira, embora neguem participação na trama, com certeza dela participaram de forma relevante, como se infere sobretudo das declarações de Vânia, de Luciene Vítor e do próprio José Maria Carneiro. Basta dizer que, na afirmação de Vânia, Elmo foi o autor intelectual dos delitos praticados e maior interessado na venda do imóvel de José Maria, pois tinha crédito a receber deste, tendo sido a ela apresentado por Madureira, os quais lhe propuseram um negócio, ou seja, o de se passar pela esposa de "Noventa" (José Maria), para que este pudesse vender o citado imóvel.

Chega-se, assim, à conclusão de que os fatos realmente se passaram como foram descritos na denúncia.

José Maria Carneiro necessitava vender imóvel pertencente a ele e a sua esposa, Vilma Monteiro Carneiro, de quem se achava divorciado, para poder efetuar pagamento de dívida que contraíra com Elmo Costa Bichara. Como conseguiram pretendente para a compra do imóvel, a Sra. Diva Maria Vítor, mas a esposa de José Maria residia nos Estados Unidos, Elmo Costa Bichara, o maior interessado na venda, procurou, em companhia de Antônio Madureira e Silva, despachante, a Sra. Vânia Mendes de Freitas, conhecida deste, a quem propuseram, mediante pagamento de certa importância, que se fizesse passar pela esposa de José Maria, assinando a escritura de venda do imóvel. Para tanto, confeccionaram documento de identidade falso para Vânia, cuja cópia foi deixada no cartório. O plano foi executado como planejado, tendo José Maria Carneiro recebido o preço da venda.

Passados assim os fatos, nenhuma dúvida pode existir em relação à prática do crime de estelionato pelos réus.

Com efeito, cinco são os elementos constitutivos desse crime: obtenção de vantagem ilícita pelo agente; prejuízo alheio; emprego de fraude como meio para a prática do crime; erro conseqüente da fraude empregada; dolo do agente, que se caracteriza pelo fim de proveito próprio ou alheio.

No caso em apreço, a obtenção de vantagem ilícita está plenamente comprovada. José Maria Carneiro re-

cebeu o preço da venda fraudulenta, inclusive o da parte de sua esposa ausente. Elmo, Vânia e Antônio Madureira, além de terem contribuído para o recebimento dessa vantagem indevida, receberam vantagens extras pelos "serviços" executados. Madureira foi devidamente remunerado pelo trabalho de mediação e despachante que fez. Elmo recebeu o pagamento de sua dívida; e Vânia, a importância combinada pelo seu papel na trama.

O prejuízo alheio também está evidente, embora assim não tenha entendido o digno Juiz de primeiro grau. A compradora, Sra. Diva Maria Mateus Vítor, pagou o preço ajustado pela compra do imóvel. Dizer que ela não sofreu prejuízo, por se encontrar na posse do imóvel e não ter ainda sido questionada em Juízo a validade da escritura, não constitui, *data venia*, argumento sequer razoável. Isso porque, não bastasse a constatação de que uma escritura assim defeituosa já constitui, em si mesma, sensível prejuízo patrimonial, pelo caráter precário que gera sobre o direito de propriedade e posse da citada compradora sobre o referido imóvel, deve-se levar em consideração, para tanto, que o imóvel adquirido está praticamente fora de mercado e o seu valor venal extremamente prejudicado.

Além disso, em relação à Sra. Vilma Monteiro Carneiro, de quem José Maria já se achava divorciado, não tendo este comprovado que ela tivesse recebido o dinheiro correspondente a sua parte no imóvel e muito menos que estivesse de acordo com a transação, como alega, conclui-se que ele vendeu parte do imóvel que não era sua, apropriando-se da importância em dinheiro que não lhe pertencia, em prejuízo da mesma. Cumpre aqui observar que o ônus da prova das alegações feitas pelo acusado, que comprovariam a inexistência de prejuízo da sua ex-esposa, a ele incumbia. Não se tendo desincumbido desse ônus, a conclusão que se impõe é a de que o prejuízo de fato ocorreu. Máxime quando toda a trama urdida e toda a fraude empregada estão a gritar no sentido de que Vilma não estava ciente da transação e muito menos de acordo com ela.

A fraude e o erro, por outro lado, estão plenamente demonstrados nos autos.

A fraude empregada para enganar a boa-fé da compradora do imóvel e do próprio escrivão se constituiu dos vários crimes de falso praticados (falsificação da carteira de identidade de Vilma, a falsa identidade de Vânia, o fazer inserir declarações falsas na escritura de compra e venda do imóvel) e se evidencia pela própria trama criminosa arquitetada e executada.

O erro decorrente da fraude empregada se infere claramente da concretização do negócio, com a assinatura da escritura e sobretudo do pagamento do preço combinado pela compradora do imóvel.

Finalmente, o dolo dos agentes, ou seja, o fim de proveito, transparece nítido, sem a menor possibilidade de





contestação, pois decorre do simples desenrolar dos fatos e do próprio mecanismo do golpe projetado e executado.

Assim, perfeitamente caracterizado está o crime de estelionato praticado por José Maria Carneiro, em concurso com os demais acusados.

Como, porém, a fraude empregada para o crime de estelionato se constituiu dos vários crimes de falso praticados, estes crimes devem ser absorvidos pelo estelionato. É que, quando um crime está necessariamente contido no outro, como, no caso, os crimes de falso estão contidos no estelionato, há o que se chama de crimes em progressão, devendo o concurso aparente de normas ser resolvido pelo princípio da consunção, impondo-se, em conseqüência, a absorção daqueles por este.

Aliás, a absorção do falso pelo estelionato, quando ele neste se exaure, sem mais potencialidade lesiva, como na espécie, já mereceu consagração sumular do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê da Súmula nº 17 desse Tribunal Superior. *In verbis*:

"Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

Com tais considerações, dou provimento ao apelo do assistente do Ministério Público para, reformando integralmente a v. sentença recorrida, condenar os réus José Maria Carneiro, Elmo Costa Bichara, Vânia Mendes de Freitas e Antônio Madureira e Silva pela prática do crime previsto no artigo 171 do Código Penal, c/c o artigo 29 do mesmo diploma legal.

Passo a aplicar-lhes a pena.

Quanto a José Maria Carneiro, considerando que não possui antecedentes criminais, mas que os autos revelam possuir personalidade distorcida, capaz de praticar toda uma série de crimes, sem medir as conseqüências, para alcançar os seus objetivos criminosos; considerando a grande intensidade do dolo com que agiu, premeditando o crime e planejando a sua execução pormenorizadamente; considerando as circunstâncias de ter enganado não só a compradora do imóvel, mas ainda o escrivão do cartório em que a escritura de compra e venda foi lavrada, como ainda a sua própria ex-esposa, de quem se achava divorciado, conforme ele próprio admite à fl. 198-v.-TJ, fixo a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, pena esta que diminuo de quatro meses pela atenuante prevista no artigo 65, III, *d*, do Código Penal, ficando concretizada nesse montante, por não existirem causas especiais de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas. Pelas mesmas razões, estabeleço a pena de multa em oitenta dias-multa, fixado o dia-multa em um vigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, tendo em vista a situação econômica do réu. A pena privativa de liberdade será cumprida em regime aberto.

Quanto a Vânia Mendes de Freitas, considerando os seus péssimos antecedentes, além das circunstâncias supradescritas que a ela também se aplicam, com exceção daquela relativa a ter enganado a própria ex-esposa, fixo a pena-base em dois anos e oito meses de reclusão, diminuindo-a de quatro meses pela aludida atenuante, para concretizá-la em dois anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto. A pena de multa é estabelecida em 50 dias-multa, fixado o valor de cada dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido.

Quanto a Elmo Costa Bichara, considerando os seus maus antecedentes, pessoa ligada à contravenção do jogo do bicho, e as demais circunstâncias judiciais acima mencionadas, com exceção daquela de ter enganado a própria ex-esposa, fixo a pena-base em dois anos e oito meses de reclusão, em cujo montante se concretiza, por não existirem circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, devendo essa pena ser cumprida em regime aberto. Estabeleço a pena de oitenta dias-multa, fixando o valor do dia-multa em um décimo do salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do réu.

Finalmente, quanto a Antônio Madureira e Silva, sendo primário e bons os seus antecedentes, mas tendo contra si as circunstâncias judiciais descritas para a fixação da pena-base a José Maria Carneiro, com exceção daquela de ter enganado a própria ex-esposa, fixo a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, em cujo montante fica concretizada, por não existirem circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, que deverá ser cumprida em regime aberto. Estabeleço a pena de cinqüenta dias-multa, fixando em um trigésimo do salário mínimo o valor do dia-multa.

Os réus pagarão as custas do processo, divididas estas em partes iguais entre eles.

Participaram do julgamento os Desembargadores Gomes Lima e Odilon Ferreira.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

---

Obs.: Acórdão republicado por incorreções ortográficas no vol. 146, p. 309, desta Revista, e na edição do *Minas Gerais* do dia 30/04/99. (Onde se lê *concussão,* leia-se *consunção.*)

-:::-

## TÓXICO - TRÁFICO - DINHEIRO PROVENIENTE DE VENDA DE ENTORPECENTE - CONFISCO - PENA - PRIMARIEDADE - REDUÇÃO

**- Provado que o valor em dinheiro apreendido com o agente é proveniente de mercancia de entorpecente, correto é o seu confisco.**





**- Inexistindo prova de que o réu tenha sido anteriormente condenado, deve ser reconhecida a primariedade e os bons antecedentes para fins de redução da pena, ainda que a culpabilidade seja intensa, não haja boa conduta social e o crime visasse a ganho fácil.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 138.193/8 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Tóxico - Tráfico. - Havendo prova de que o valor em dinheiro apreendido com a apelante é proveniente da mercancia de entorpecente, correto é o seu confisco. - Pena - Redução.

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 PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de abril de 1999. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Maria da Glória Vieira da Silva foi denunciada nesta comarca pela prática do crime do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, em razão de ter sido surpreendida por policiais militares, na noite do dia 28 de junho de 1998, trazendo consigo determinada quantidade de cocaína, que se destinava ao comércio e, ainda, por ter, em depósito, no quarto do Hotel Délfos, onde residia, uma porção de maconha.

Finda a instrução, a ré foi condenada à pena de cinco anos de reclusão e noventa dias-multa pelo citado delito.

Inconformada com a v. sentença condenatória, dela recorreu a ré, visando a sua reforma para que a pena que lhe foi aplicada seja reduzida ao mínimo legal, ao argumento de ser primária e de bons antecedentes, e para que lhe seja restituída a importância em dinheiro confiscada, por inexistir prova de que o citado valor seja proveniente do tráfico.

Houve apresentação de contra-razões, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do recurso, apenas para diminuir a pena imposta à apelante.

Conheço do apelo, porque presentes os seus pressupostos legais.

Quanto ao pedido de restituição da importância em dinheiro confiscada, não pode ele ser acolhido.

Conforme se vê da prova produzida nos presentes autos (boletim de ocorrência de fls. 12/15-TJ e declarações da testemunha Marco Antônio de Lima Souza - fls. 73-TJ), o valor apreendido estava junto da droga apreen-

dida, dentro de uma sacola que se achava em poder da apelante, e era representado por notas de dez e cinco reais.

Ora, tais circunstâncias indicam que o dinheiro apreendido era, sim, produto da venda de porções de entorpecentes.

Primeiro porque, como se disse, estava o citado valor junto da droga apreendida, numa sacola, e segundo porque, como foi afirmado pela própria apelante em suas declarações extrajudiciais, cada porção de droga custava, em média, dez reais, o que explica estarem os quase oitocentos reais apreendidos divididos em notas de cinco e dez reais.

Assim, inconsistente é a alegação da apelante de que o dinheiro confiscado era proveniente de diárias recebidas em seu hotel, já que não seria razoável acreditar que ela, sendo proprietária do citado Hotel Délfos, andasse, pela rua, com os valores recebidos dos usuários daquele estabelecimento e, pior, trazendo-os junto com o entorpecente numa sacola.

Correto, portanto, foi o perdimento do valor apreendido com a ré, nos termos decretados na v. sentença condenatória.

No tocante à pena aplicada, entendo que razão assiste à apelante.

Isto porque, embora a culpabilidade da ré seja intensa e, apesar de ela não ter boa conduta social e de ter praticado o crime visando ao ganho fácil, não se pode considerar, como fez o MM. Juiz, que não seja a apelante primária e de bons antecedentes, já que, ainda que responda a outro processo, como se vê da certidão de fls. 71-TJ, não há prova de que já tenha sido anteriormente condenada.

Assim sendo, entendo ser mais justa, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a fixação da pena privativa de liberdade da recorrente em 4 (quatro) anos de reclusão e sessenta dias-multa.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a pena imposta à recorrente ao montante acima definido, mantendo, no mais, a v. sentença condenatória.

Custas, pela apelante.

Participaram do julgamento os Desembargadores Gomes Lima e Paulo Medina.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

## PROSTITUIÇÃO - FAVORECIMENTO - VÍTIMA CORROMPIDA - VIDA DESREGRADA - IRRELEVÂNCIA - DELITO CARACTERIZADO

**- O fato de a vítima já ser corrompida e possuir vida desregrada e libertina, antes dos fatos, não impede a caracterização do delito de favorecimento da prostituição (art. 228 do CP).**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 140.889/7 - Comarca de Sacramento - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Favorecimento da prostituição - Menor com vida anteacta desregrada - Vida sexual ativa da vítima - Comportamento que não se confunde com o de uma prostituta - Análise da conduta da ré. - O fato de a vítima possuir vida desregrada e já ser corrompida, antes dos fatos, não impede a caracterização do delito de favorecimento da prostituição.

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, 17 de junho de 1999. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Herculano Rodrigues* - Na Comarca de Sacramento, Ivonete Cristina Eduardo foi denunciada nas sanções dos arts. 218 e 228, §§ 1º e 3º, do Código Penal, e art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, em meados de novembro de 1997, teria facilitado a corrupção dos menores A.A.G. e J.L.S., além de induzi-los à prática da prostituição e entregar-lhes para consumo substância entorpecente. O MM. Juiz, ao final da instrução, absolveu a ré pela corrupção de menores e pelo delito do art. 243 do Código Penal, condenando-a por favorecimento à prostituição, na forma majorante do § 1º do dispositivo legal.

Irresignada com o decreto condenatório, a ré interpôs recurso de apelação. Nas razões de fls., argumenta que a vítima do delito, como reconhecido na sentença, tão-somente A., já era prostituta e também que foi a vida desregrada dessa menor que a induziu à atividade e não qualquer atitude de sua parte.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria abraçam a conclusão da sentença.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Embora seja inegável que a menor, antes de conhecer a ré, já levasse uma vida devassa e libertina, tendo inclusive já se "amigado" com dois homens, tal não impede a caracterização do delito, não sendo prova de que a mesma já era prostituída.

A prostituição é a venda do corpo para o prazer sexual alheio em troca de dinheiro, e o fato de A. já possuir vida sexual ativa e estar envolvida com drogas não isenta, portanto, a recorrente de responsabilidade penal.

"Não afasta o crime de favorecimento à prostituição o fato de ser já a vítima desencaminhada" (*RT*, 560/353).

"Para a configuração do delito do art. 228 do CP não contam as qualidades morais do sujeito passivo. Corrompida que seja a pessoa, é suscetível de mesmo assim ser induzida ou atraída à prostituição" (*RT*, 433/380).

Observo, ainda, que embora a vida da menor fosse realmente desregrada, à época, e tanto o é que a ré foi absolvida do crime de corrupção de menores, trata-se de mera suposição afirmar-se que em verdade seu comportamento pretérito foi determinante nos fatos que se sucederam ou que acabaria prostituindo-se com o tempo, independentemente da atuação da apelante.

O certo é que A. nunca havia freqüentado zona de prostituição antes e foi tentada pela ré a abandonar o lar e a cidade onde morava e fazer comércio do próprio corpo.

Os depoimentos da vítima, sua representante legal e do outro menor envolvido bem esclarecem a questão e fazem prova suficiente à condenação.

A pena foi bem aplicada, tendo sido fundamentadamente fixada acima do mínimo legal.

O regime prisional é adequado.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e José Arthur.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## CRIME FALIMENTAR - PRESCRIÇÃO - PRAZO - *DIES A QUO* - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INTERRUPÇÃO

**- Nos crimes falimentares, o prazo prescricional de dois anos começa a fluir da data em que deveria estar encerrada a falência, sendo este lapso interrompido pelo recebimento da denúncia.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 141.113/1 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVES DE ANDRADE

Ementa oficial: Direito penal - Crime falimentar - Prescrição extintiva da punibilidade. - Nos crimes falimentares, o prazo prescricional de dois anos começa a fluir da data em que deveria estar encerrada a falência, sendo este lapso interrompido pelo recebimento da denúncia.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 1999. - *Alves de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Alves de Andrade* - Alcir Gonçalves de Souza e Maria Tereza Silva Gonçalves, qualificados nos autos, viram-se incursos nas sanções do art. 188, VIII, do Decreto-lei nº 7.661/45, c/c o art. 191 da mesma lei, e arts. 29 e 69 do Código Penal, porque, na qualidade de administrador e sócia majoritária, respectivamente, da empresa Alcirpa Parafusos e Ferragens Ltda., suprimiram livros obrigatórios denominados "Diário" e "Registro de ICMS", não os apresentando ao exame do Juízo falimentar.

A r. sentença - fls. 142/143 - absolveu-os sob o fundamento de não existir prova suficiente para a condenação.

Inconformado, recorreu o Ministério Público - fls. 171/172 -, asseverando perfeitamente configurado os delitos previstos no art. 186, inciso VII, e art. 188, ambos do Decreto-lei nº 7.661/45, visto que os referidos delitos se consumam com a mera atividade omissiva dos réus.

Pugna pela cassação da decisão recorrida.

Contra-razões - fls. 174/180 - suscitando, preliminarmente, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição e, no mérito, aduzindo o acerto da decisão hostilizada.

Parecer da Procuradoria de Justiça - fls.185/189 - opinando, preliminarmente, pela decretação da extinção da punibilidade da pretensão punitiva e, no mérito, pelo provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Nos termos do art. 199 da Lei de Falências, a prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos, começando a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência.

Se o encerramento não se verificar dentro do prazo bienal, a prescrição se inicia da data em que deveria estar encerrada a falência.

É o entendimento do Pretório Excelso, consubstanciado no verbete da Súmula nº 147:

"A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata".

Segundo o art. 132, § 1º, do Decreto-lei nº 7.661/45, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.

Assim, o termo inicial de contagem do prazo prescricional é o dia 10/08/95, pois, declarada a falência em 10/08/93, o processo deveria encerrar-se naquela data.

De acordo com o art. 117 do CP, interrompeu-se a contagem do prazo prescricional com o recebimento da denúncia, em 13/09/96.

Como salientou o Dr. Procurador de Justiça, fls. 187, prolatada sentença absolutória, não há falar-se em nova interrupção do prazo prescricional.

Dessa forma, a prescrição efetivou-se no dia 13/09/98.

Pelo exposto, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e José Arthur.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**SONEGAÇÃO FISCAL - NOTAS FISCAIS - ADULTERAÇÃO - INDÍCIOS DO DELITO - PROVA TÉCNICA - INEXISTÊNCIA - MATERIALIDADE DO CRIME - NÃO-COMPROVAÇÃO - DIRETOR OU SÓCIO DA EMPRESA - RESPONSABILIDADE PENAL - AFASTAMENTO**

**- Ainda que haja indícios de sonegação fiscal, em face da existência de notas fiscais adulteradas, não há como se averiguar a materialidade do delito, se inexistente a indispensável perícia técnica para se comprovar que os impostos foram recolhidos a menor ou que a empresa se valeu de créditos indevidos do ICMS, beneficiando-se, inconvenientemente, através daquelas adulterações.**

**- Mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa não faz presumir a responsabilidade dos mesmos por crime de sonegação fiscal, como conseqüência de adulterações de notas fiscais, sendo imprescindível a comprovação de que tais adulterações tenham sido feitas pelos sócios ou diretor, ou com a sua conivência.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 141.546/2 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Penal - Sonegação fiscal - Diretor-sócio da empresa - Materialidade do crime não comprovada - Recurso improvido. - Hipótese em que não se comprovou, através de indispensável perícia técnica, o aproveitamento das notas fiscais supostamente frias para a utilização de créditos indevidos de ICMS, nem, tampouco, que o diretor da empresa, ora apelado, seria o autor das adulterações.





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, 20 de maio de 1999. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - Vicente Boaventura dos Santos, Antônio Carlos Ribeiro dos Santos e Ricardo Antônio Rocha, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do artigo 1°, incisos I, II, III e IV, c/c artigo 6º, da Lei nº 4.729/65, e artigo 1°, incisos II, III, IV e V, da Lei nº 8.137/90, c/c artigo 29 e 71 do Código Penal, por terem, na condição de sócios da empresa V. Boaventura Indústria e Comércio Ltda., desde o ano de 1987, adulterado e emitido notas fiscais inidôneas com o objetivo de alcançar créditos indevidos de ICMS.

Após regular instrução, foram todos absolvidos pela sentença de fls. 204-205-TJ; Antônio Carlos Ribeiro dos Santos e Ricardo Antônio Rocha, por não participarem da direção da empresa, não se podendo responsabilizá-los pelas transações comerciais por ela realizadas; Vicente Boaventura dos Santos, diretor da empresa, por insuficiência de provas.

Inconformado, apelou o Ministério Público, alegando, em síntese, que a prática de crime por Vicente Boaventura dos Santos está patenteada nos autos, como se depreende da análise das notas fiscais de fls. 63/67, nas quais se pode claramente observar as adulterações realizadas.

O recurso foi contra-arrazoado e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do seu improvimento.

É o relatório.

Conheço do recurso, que reúne os pressupostos de admissibilidade.

Entendo não assistir razão ao apelante.

Com efeito, não há como se averiguar a materialidade dos crimes por cuja prática foi o ora apelado denunciado, sem realização de uma perícia técnica a fim de que se comprove que impostos foram recolhidos a menos ou que a empresa comandada pelo recorrido se valeu de créditos indevidos de ICMS.

As notas fiscais adulteradas de fls. 63-TJ e seguintes, de fato, constituem um indício de que possam ter ocorrido os crimes previstos no artigo

1° da Lei n° 8.137/90. Todavia, não se pode condenar apenas com base em indícios. Imprescindível, a meu ver, a prova - *in casu* inexistente - de que a empresa V. Boaventura Indústria e Comércio Ltda. se tenha beneficiado indevidamente através das adulterações, e, mais, que tais adulterações tenham sido feitas pelo apelado, ou com sua conivência.

Conforme ressaltado pelo d. Sentenciante, o ora apelado está a discutir, na Vara especializada desta Capital, o mérito das execuções fiscais contra ele ajuizadas pela Fazenda Pública, de modo que nem se tem certeza de que os valores dele cobrados pela Fazenda Pública são legítimos; aliás, não se tem certeza sequer de que esteja, de fato, em débito com a Fazenda Pública.

E mesmo que estivesse comprovada a sonegação como conseqüência das adulterações das notas fiscais, seria imprescindível que se comprovasse ser o apelado por elas responsável, pois sua condição de diretor, conforme já decidiu o STJ, não faz presumir sua responsabilidade:

"*A mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a prática de sonegação fiscal, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma ação penal em juízo*" (*HC* n° 5.368-PI, Rel. Vicente Leal, *in Minas Gerais*, *Diário do Judiciário*, 15/05/97).

Assim, por tais motivos, nego provimento.

Participaram do julgamento os Desembargadores Alves de Andrade e Herculano Rodrigues.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## *SURSIS* PROCESSUAL - CONCURSO MATERIAL - PENAS MÍNIMAS COMINADAS - SUPERIORIDADE A 1 (UM) ANO - IMPOSSIBILIDADE - PORTE DE ARMA - AUSÊNCIA DE REGISTRO - GUARDA EM LUGAR DE DIFÍCIL ACESSO - NÃO-PREPARAÇÃO PARA USO - IRRELEVÂNCIA - CONFIGURAÇÃO DO DELITO NA MODALIDADE "OCULTAR" - TÓXICO - TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE

**- Não é cabível a suspensão condicional do processo em sede de concurso material quando as penas mínimas cominadas aos crimes excedem o prazo de 1 (um) ano. De outro modo, o criminoso contumaz poderia ter o mesmo tratamento daquele que, por infelicidade, comete um crime.**

**- O agente que possui arma de fogo, sem registro, ainda que guardada em cofre de segredo e sem estar pronta para uso, comete o delito do art. 10 da Lei n° 9.437/97, na modalidade "ocultar".**





**- Configura o crime previsto no art. 12 da Lei n° 6.368/76 (tráfico) ter o agente substância entorpecente acondicionada em pequenos pacotes, como a indicar a venda, não se podendo desclassificar o delito para o do art. 16 da referida lei (uso), mesmo porque o fato de possuir a droga, sem autorização legal, por si só, já é o bastante para caracterizar o referido crime.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 141.808/6 - Comarca de Baependi - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Processo penal - Suspensão condicional do processo - Concurso material - Impossibilidade - Porte de arma - Irrelevância de a arma de fogo não estar pronta para o uso e em local de difícil acesso - Tráfico ilícito de entorpecentes - Pretendida desclassificação para o artigo 16 da Lei n° 6.368/76. - Não é cabível a suspensão condicional do processo em sede de concurso material quando as penas mínimas cominadas aos crimes excedem o prazo de 1 (um) ano. De outro modo, o criminoso contumaz poderia ter o mesmo tratamento daquele que, por infelicidade, comete um crime. - Configura o crime previsto no artigo 10 da Lei n° 9.437/97 possuir arma de fogo, sem registro, ainda que guardada em cofre de segredo e sem estar pronta para uso. Tipificação na modalidade descrita no verbo "ocultar". - Configura o crime previsto no artigo 12 da Lei n° 6.368/76 ter o agente a substância entorpecente, acondicionada em pequenos pacotes, como a indicar a venda.

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 E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - José Milton da Cunha, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado pela prática, em concurso material, dos crimes previstos no artigo 12 da Lei n° 6.368/76 e no artigo 10 da Lei n° 9.437/97.

Consta dos autos que, em 28 de agosto de 1998, por volta das 6 horas, em Baependi, policiais militares, com mandado judicial de busca e apreensão (fls. 16-v.-TJ), adentraram no domicílio do réu e, no seu interior, encontraram um cofre de segredo. Aberto o cofre, foram encontrados um revólver calibre 38 "Taurus" (fls. 18-TJ) e seu coldre de *nylon* preto, uma cápsula calibre 38 deflagrada e uma faca "Tramontina". E, ainda, em um bambuzal, indicado pelo próprio réu, próximo ao seu domicílio, foram encontrados, escondidos, sob as suas folhas, acondicionados em três saquinhos plásticos fechados

com fita isolante preta, 74,80 gramas de maconha, conforme laudo de exame toxicológico de fls. 168-TJ.

Após regular processamento do feito, o réu foi condenado pela prática, em concurso material, dos crimes previstos no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 e artigo 10 da Lei nº 9.437/97, sendo fixada, pela prática do primeiro crime, uma pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 dias-multa, e, pela prática do segundo crime, uma pena de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, estabelecido, como regime de cumprimento de pena, o regime fechado para o crime apenado com reclusão (fls. 112/119-TJ).

Inconformado com a referida decisão, o réu dela apelou.

Em suas razões (fls. 128/132-TJ), requer o apelante, preliminarmente, a nulidade do feito, em razão da ausência de proposta da suspensão condicional do processo. Quanto ao mérito, diz que a arma de fogo se encontrava dentro de um cofre, local de difícil acesso, não estando pronta para o uso, e que, segundo entendimento da jurisprudência anterior à Lei nº 9.437/97, a ausência de possibilidade para o uso imediato, pronto e fácil não caracterizava a contravenção de porte de arma. Também sustenta o apelante não estar caracterizado o tráfico, porque a sentença desconsiderou a sua afirmativa de que a maconha estava destinada ao seu próprio uso, pelo que pede, portanto, a reforma da sentença, com a desclassificação para o crime previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76.

Em contra-razões (fls. 134/136-TJ), o Ministério Público pede o não-provimento do recurso, dizendo que, ante os termos da Lei nº 9.437/97, não há como se acolher a argumentação de que a arma de fogo, sem qualquer registro, não estaria pronta para uso. Também entende como plenamente caracterizado o crime de tráfico, não só porque a maconha apreendida se encontrava acondicionada em pacotes, como também porque, como disse o Ministério Público à fl. 135-TJ, *in verbis*: "*quando do interrogatório foi negado pelo MM. Juiz a submissão do apelante ao exame de dependência, decisão esta em nenhum momento contestada pelo mesmo. Não pode, agora, argüir o fato em seu benefício*" (fls. 135).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-provimento do recurso interposto porque caracterizados ambos os crimes, conforme parecer de fls. 141/144-TJ.

É o relatório.

Decido.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não há que se falar em possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo regula-se pelo mínimo da pena cominada ao delito. Ora, se é admissível a concessão da suspensão do





processo nas hipóteses de concurso formal ou crime continuado, o mesmo não se diga quando a hipótese dos autos é sobre concurso material e a soma de ambas as penas excede àquela estabelecida por lei.

É sabido que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 disciplinou numa moldura mínima um instituto de marcantes reflexos no campo penal e processual. Entretanto, quanto ao mínimo da pena estabelecido para o oferecimento da proposta, foi de uma singeleza franciscana. Adotar entendimento contrário ao exposto no referido artigo é criar um *bill* de indenidade ao criminoso contumaz que, praticando uma série de crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, vale-se do instituto como aquele que, por uma infelicidade, comete um único crime. Já dizia Lydio Machado Bandeira de Mello: "*é preciso saber distinguir o infeliz do criminoso*".

Rejeito a preliminar argüida.

Passo ao exame do mérito.

Houve, a meu ver, o delito previsto no artigo 10 da Lei nº 9.437/97. Com efeito, o crime previsto no referido artigo descreve um crime de conteúdo variado ou de ação múltipla, vale dizer, basta que o agente pratique uma das condutas descritas nos verbos do tipo para ter o crime como caracterizado. Ora, o apelante, ao guardar a arma de fogo, sem registro, mesmo que não preparada para uso imediato, cometeu o crime do artigo 10 da Lei nº 9.437/97, na modalidade de "ocultar".

Também não há como se acolher a pretendida desclassificação do delito de tráfico para o de uso. O esconderijo da droga, o acondicionamento desta em pequenos pacotes não demonstram intenção de fazer uso da droga, mas sim de vendê-la, até porque, se realmente fosse o apelante usuário contumaz da droga, não a deixaria fora de seu alcance e, principalmente, distribuída em pacotes de igual tamanho.

Mesmo que fosse usuário, esse fato, por si só, não descaracteriza o crime do artigo 12 da Lei nº 6.368/76. O apelante, desde 1996, era indicado como transportador de entorpecentes, vulgarmente chamado de "avião".

Como bem lembra o parecer de fls. 143-TJ, da Procuradoria-Geral de Justiça:

"Que, no decorrer dessas transações com André, o declarante ficou sabendo, fato que alega ser público e notório, que os indivíduos Élcio (da oficina), 'Niltinho do Balaio' e Otávio são 'avião' do mesmo".

Neste sentido, a jurisprudência:

"*Possuir substância entorpecente sem autorização legal é o bastante para caracterizar o delito do art. 12 da Lei nº 6.368/76, que é a mera conduta*" (TJSP - Ac. nº 2.603/3 - Rel. Fernando Prado - *RT*, 552/321).

Ante o exposto, mantenho a sentença recorrida, negando provimento ao recurso.

Custas, pela lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Alves de Andrade e Herculano Rodrigues.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

**MENOR - ATO INFRACIONAL - REMISSÃO - NÃO-OFERECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - APLICAÇÃO PELO JUIZ - EXTINÇÃO OU SUSPENSÃO DO PROCESSO - ARQUIVAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - FATO TÍPICO ANÁLOGO - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE DO MENOR - AUSÊNCIA - ABSOLVIÇÃO**

**- Iniciado o procedimento para apuração de ato infracional, sem que tenha o Ministério Público oferecido a remissão, esta não pode ser aplicada pela autoridade judiciária como forma de extinção ou suspensão do processo e a título de arquivamento, devendo o juiz decidir o que se apurou no procedimento especial: ou se aplica uma medida socioeducativa qualquer, ou se aplica a remissão com ou sem aporte de medida socioeducativa, se apurada a responsabilidade do menor, ou, caso contrário, deve-se absolvê-lo.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 142.425/8 - Comarca de Paracatu - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial:

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 À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 01 de junho de 1999. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Gomes Lima* - Na Comarca de Paracatu, representou o Ministério Público contra os menores E.F.M. e J.F.A. porque, a 26 de julho de 1998, por volta de 6 horas, em local próximo ao Parque de Exposição, E. obrigou F.A.P., de 16 anos de idade, a com ele manter relação sexual, mediante grave ameaça e violência e, para tal, contou com a colaboração de J.F..

Ao final, pela r. sentença de fls. 48-TJ, entendeu o MM. Juiz de Direito *a quo* que havia "ausência de fato típico análogo", concedendo a remissão como forma extintiva ou suspensão do processo.

Inconformada, apelou a Justiça Pública, pedindo que se declare a absolvição dos representados, pois remissão significa perdão, e este não é o caso dos autos.





Contra-razões, à fl. 55-TJ, ratificando os termos da apelação.

A decisão foi mantida à fl. 56-TJ.

Emitindo parecer às fls. 61-64-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ao argumento de que não se pode conceder perdão via de remissão, quando o caso é de absolvição.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, a remissão pode dar-se de duas formas: antes de proposto o procedimento pelo representante do Ministério Público, com homologação da autoridade judiciária, ou depois de proposto o procedimento próprio, pela autoridade judiciária.

No presente caso, *data venia*, equivocou-se o douto Sentenciante.

Conforme mostram ALBERTO SILVA FRANCO e SEBASTIÃO OSCAR FELTRIN em *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, à p. 340, "*Se concedida pelo Ministério Público, a remissão deverá ser homologada pelo juiz competente, e, caso este discorde da medida, procederá nos termos do disposto pelo art. 181, § 2º, do estatuto menorista em vigor. Trata-se, à evidência, de hipótese análoga à prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, eis que a remissão equivale ao pedido de arquivamento do inquérito policial*" (TJSP - AC nº 12.740/0 - Rel. Garrigós Vinhaes).

Neste caso, aí sim, antes de proposto o procedimento próprio, oferecida a remissão pelo Ministério Público, significa, como quer a sentença, uma forma de extinção dos fatos.

Iniciado o procedimento, como ocorreu com o recebimento da representação (fls. 41-v.-TJ), não há falar em extinção a título de arquivamento: ou se aplica uma medida socioeducativa qualquer, ou se pede a remissão com aplicação ou não de qualquer medida socioeducativa cumulada, ou se pede a absolvição.

ALBERTO SILVA FRANCO e SEBASTIÃO OSCAR FELTRIN, na obra acima citada, à fl. 339, lecionam que: "*O instituto da remissão aparece no direito menorista com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90. Sem significado técnico-jurídico, em sentido amplo, como anota o juiz gaúcho Brano Moreiras Mussi (RT, 680/438), tem sua maior conotação no ato de perdoar. No ECA, tem a remissão 'um misto de perdão, afrouxamento, diminuição e abrandamento'...*".

No presente caso não há falar em aplicação da remissão, a título de arquivamento, mas se deve decidir o que se apurou no procedimento especial. O caso é de aplicação da remissão, com ou sem aporte de medida

socioeducativa, se apurada a responsabilidade do menor, ou, caso contrário, tem-se que absolveu.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso e absolvo E.F.M. e J.F.A. para todos os fins de direito.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Medina e Odilon Ferreira.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

**PROSTITUIÇÃO - FACILITAÇÃO - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - MULHERES - "TRAVESTIS" - MENORES - ENTREGA AO COMÉRCIO SEXUAL - PERMISSÃO PELO COMERCIANTE - ART. 228, § 1º, DO CP - CONFIGURAÇÃO - MENOR - CENA PORNOGRÁFICA - FOTOGRAFAÇÃO - ART. 241 DO ECA - INCIDÊNCIA - PENA - MÍNIMO LEGAL - PRIVATIVA DE LIBERDADE - RESTRITIVA DE DIREITOS - SUBSTITUIÇÃO - CABIMENTO**

**- Comete o delito do art. 228 do CP o agente que, no interior de seu estabelecimento comercial, permite que mulheres e "travestis" se entreguem ao comércio sexual, ficando incurso nas sanções do § 1º do citado artigo, se o local é freqüentado também por menores, para a mesma finalidade.**

**- Quem fotografa menor em cena pornográfica pratica o delito do art. 241 do ECA, o qual não necessita, para sua configuração, do intuito da obtenção de lucro. A consumação ocorre com o simples ato de fotografar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.**

**- Se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender sempre para o mínimo legal, consoante súmula predominante na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/MG.**

**- É cabível a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, a teor do art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.714/98, sendo que a ausência de manifestação do juiz sentenciante sobre a possibilidade dessa substituição não impede a concessão do benefício pelo Tribunal, se ao tempo da sentença ainda não vigorava a referida lei.**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 143.187/3 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. ALVES DE ANDRADE

Ementa oficial: Direito penal - Arts. 228 do CP e 241 do ECA (facilitação à prostituição e fotografação de menor em cena pornográfica) - Pedido de absolvição - Impossibilidade - Acervo probatório robusto - Condenação mantida - Fixação da pena - Réus primários - Circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis - Reprimenda reduzida ao mínimo legal - Substituição por pena restritiva de direitos - Possibilidade - Recurso parcialmente 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, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 1999. - *Alves de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Alves de Andrade* - Joaquim Ribeiro Dutra e Rui Renato Leonel Patrocínio, qualificados nos autos, foram denunciados, o primeiro, nas sanções do art. 228, §§ 1º e 3º, do Código Penal, e o segundo, nas penas do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Narra a inicial acusatória que Joaquim Ribeiro Dutra, explorando um bar na Rua Conselheiro Lafaiete, nº 66, em Cristiano Otoni, atraía pessoas à prostituição e facilitava tal prática, com intuito de lucro, aliciando, para tanto, inclusive menores. Rui Renato, por sua vez, aproveitando-se do ambiente e com a aquiescência do dono, fotografou a menor L.L.M., de dezesseis anos, nua, em diversas poses, no interior do bar e na casa de Joaquim Ribeiro. De posse das fotos, passou a comercializá-las com terceiros.

A sentença de fls. 115/137 condenou-os, o primeiro, a quatro anos de reclusão, incurso nas iras do art. 228, § 1º, do CP, e o segundo, a dois anos de reclusão, nas sanções do art. 241 do ECA.

Inconformados, recorreram - fls. 142.

Em razões - fls. 143/144 - asseveram a fragilidade da prova para sustentar um decreto condenatório e pedem a absolvição. Alternativamente, pugnam pela redução da reprimenda.

Contra-razões - fls. 148/152 - gizando o acerto da decisão hostilizada.

Parecer da Procuradoria de Justiça - fls. 157/170 - pelo improvimento.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Nenhuma razão assiste aos apelantes.

A conduta delituosa de Joaquim Ribeiro - de atrair e facilitar a prostituição, inclusive de menores - resta clara-

mente delineada nos autos, e as pequenas divergências acaso existentes entre alguns depoimentos testemunhais não têm o condão de afastar a verdade material apurada no processo.

Emerge dos autos que o apelante era proprietário e explorador de um bar cognominado "Anzolão", o qual era freqüentado por prostitutas e "travestis", os quais, além de beber e jogar no interior do estabelecimento, ali pernoitavam e se entregavam ao comércio sexual, com o conhecimento e aquiescência de Joaquim. Este, embora não haja prova de que auferisse lucro diretamente do "trabalho" das prostitutas, de forma indireta era favorecido, pelo aumento do consumo e do número de freqüentadores em seu estabelecimento.

Nesse sentido é toda a prova testemunhal. Senão vejamos:

"... que o depoente reside defronte ao 'bar do Anzolão' ... e presenciou a presença de prostitutas, menores e 'travestis' naquele local... que, também, pode afirmar que presenciou várias vezes que estas mulheres permaneciam naquele bar, a semana inteira, portanto, ali dormiam; que estes pernoites incluíam homens; *que pode afirmar que aconteciam relacionamentos sexuais entre os freqüentadores daquele local, porque via da varanda que fica do lado do bar e pertence à casa do Sr. Joaquim... que pode presenciar a menor L.L. beijando e abraçando homens diversos na citada varanda...*" (depoimento de Sebastião Antônio Fideles - fls. 27) (*sic*).

"... o Sr. Joaquim Ribeiro Dutra mantém um estabelecimento comercial no centro da cidade que, apesar de não se tratar, exatamente, de uma casa de prostituição, *é local de encontro de mulheres habituadas a esta prática... que, em razão desse ponto de encontro, começou a atrair para o ambiente menores de ambos os sexos...* que o estabelecimento estava fechado por certo tempo, mas *foi reaberto e atualmente começou a reunir prostitutas, 'travestis' e menores, tudo sob a tolerância do Sr. Joaquim...*" (depoimento de Tarcísio de Assis Baeta - fls. 20).

"... que vê durante o dia a freqüência de mulheres habituadas à prostituição no bar do Sr. Joaquim... que conhece a menor L.L. e sempre a vê freqüentando o bar do Sr. Joaquim..." (depoimento da testemunha Jânio Borges - fls. 25).

"... que pode asseverar que o local era ponto de encontro de prostitutas, 'travestis' e de freqüência de alguns menores... que conhece a menor L.L., por avistá-la freqüentando o 'bar Anzolão', às vezes à noite e às vezes durante o dia..." (depoimento de Gerson Luiz de Souza Lima - fls. 26).

"... que já viu a menor conhecida por L.L. abraçando e agarrando o Sr. Joaquim e sabe que os dois namoravam... que tem conhecimento de que as mulheres de Conselheiro Lafaiete dormiam em uma cama que fica dentro do bar... que, nas mesmas oportunidades, alguns homens também ficavam ali... que a informante sabe que L.L. dormia dentro do bar com o Sr. Joaquim..." (depoimento de Rosilda Aparecida de Lima - fls. 30).





Como se vê, a prova testemunhal é firme e convincente, no sentido de que o apelante Joaquim facilitava a prática da prostituição tanto de mulheres quanto de "travestis" e menores, dando-lhes abrigo no interior de seu estabelecimento comercial e permitindo que ali se entregassem ao comércio sexual.

Ademais, a própria palavra de L.L. deixa clara a responsabilidade de Joaquim Vieira:

"... que a informante sempre esteve em companhia de A., F., C., J., suas colegas que também residem em Conselheiro Lafaiete, quando iam passear em Cristiano Otoni ... que a informante esclarece que freqüentava o Bar do Tiú nas sextas, sábados e domingos ... que a sua colega C. tem dezesseis anos e também vai com a informante e suas colegas no bar do Tiú, e *lá fazem programas, ficam mais à vontade*, mas com respeito" (fls. 49/50).

"... que tanto a declarante quanto suas colegas, de menos aquela conhecida por 'Cidão', eram menores e freqüentavam o bar do Tiú direto; que Tiú sabia que a declarante e suas colegas saíam de Lafaiete e iam para o bar em Cristiano Otoni; ... que geralmente ía para o bar em companhia de C., J., A., 'Cidão', F., sendo que as três últimas são maiores; que, quando tirou as fotos no Bar Tiú, lá estava e sabia do que estava acontecendo... que Tiú fechou o bar para que as fotos fossem tiradas... que reconhece as fotografias onde aparece nua, onde aparece de biquíni e onde aparece de vestido, tiradas todas por Rui Renato e todas na casa de Tiú; que, quanto as demais fotos, foram tiradas no bar do Tiú; que a casa de Tiú é bem próxima ao bar... que, quando tirou as fotos nua, estava com a idade de 16 para 17 anos" (fls. 93/94) (*sic*).

Como bem asseverou o Magistrado sentenciante, "sem dúvida que as declarações da menor são, na verdade, libelo contra os acusados", sendo "evidente que a freqüência ao bar de 'Tiú' não tinha outro sentido senão de fazer 'programas', conforme afirmado na declaração primeira na fase policial. A menor, certamente grata a Tiú, de quem recebia favores, não quer incriminá-lo, mas os fatos que narra não permitem qualquer dúvida sobre sua atuação criminosa".

A facilitação à prostituição no bar do apelante Joaquim - e as algazarras que ali se promoviam - chegaram a uma tal notoriedade que a Câmara Municipal de Cristiano Otoni representou ao Dr. Promotor de Justiça noticiando os fatos e pedindo providências, nos seguintes termos:

"a) Há na Rua Conselheiro Lafaiete, nº 66, Centro de Cristiano Otoni, área residencial, ao lado da Matriz de Santo Antônio, um estabelecimento comercial com a razão social 'Daniela de Oliveira Dutra', dirigido pelo seu pai, Joaquim Ribeiro Dutra, onde se desenvolve uma série de irregularidades, tais

como: prostituição, venda de bebidas, jogo para menores e também a prostituição de maiores, sendo as famílias vizinhas obrigadas a ver cenas de prostituição, não podendo as mesmas chegar às janelas de suas casas e também outras pessoas não podem transitar nesta rua sem que vejam estas cenas;

(...)

c) Algazarra dia e noite, chegando ao cúmulo de jogarem bombinhas aos transeuntes".

Tal expediente vem acompanhado de uma lista de assinaturas de "pessoas ... que não concordam com a existência de prostituição, que envolve menores e maiores de idade, no estabelecimento sito à Rua Conselheiro Lafaiete, nº 66, Centro de Cristiano Otoni".

Várias dessas pessoas foram ouvidas no inquérito e em Juízo, confirmando as imputações da denúncia.

Não há, pois, como se falar em absolvição, sendo inegável o cometimento pelo apelante Joaquim Ribeiro do delito previsto no art. 228, § 1º, do CP, visto que facilitava a prostituição também de menores, em seu estabelecimento comercial.

Quanto à redução da pena, razão lhe assiste.

Nos termos da Súmula nº 44 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal deste Sodalício, "*se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender sempre para o mínimo legal*".

O apelante Joaquim, conforme reconhecido na sentença, é trabalhador, de bom relacionamento social e tecnicamente primário.

Em razão disso, fixo-lhe a pena-base em três anos de reclusão - regime aberto -, a qual fica concretizada neste patamar, à míngua de atenuantes, agravantes e causas de diminuição ou aumento.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.714/98, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos.

*In casu*, a ausência de manifestação do Magistrado sentenciante sobre a possibilidade acima referida não impede a concessão do benefício por este Tribunal, visto que, ao tempo da sentença - 03/06/1998 -, a Lei nº 9.714/98 ainda não entrara em vigor.

A pena fixada ao apelante Joaquim Ribeiro é inferior a quatro anos, e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Pelo que se percebe dos autos, o réu tem personalidade normal, conduta social boa, sendo, ainda, tecnicamente primário. Os motivos do delito não foram apurados e as circunstâncias não o desfavorecem.

Assim, nos termos da segunda parte do § 2º do art. 44 do CP, substituo a pena corporal de três anos de reclusão por uma pena de multa e uma restritiva de direitos, qual seja, prestação pecuniária.

Fixo a pena de multa em dez dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

A prestação pecuniária consistirá no pagamento em dinheiro a uma entidade pública ou privada com destinação social, da importância de dois salários mínimos atuais. A entidade beneficiária será determinada pelo MM. Juiz da execução.

Quanto ao apelante Rui Renato Leonel Patrocínio, diversa não é a solução a ser dada.

Segundo suas próprias palavras - corroboradas pelas declarações da menor vítima -, não há dúvidas de que praticou o crime previsto no art. 241 do ECA, o qual prescinde, para sua configuração, do intuito da obtenção de lucro. A consumação ocorre com o simples ato de fotografar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Assim, tendo Rui Renato confessado que fotografou a adolescente L.L., nua, em diversas poses, no interior do Bar "Anzolão", é inegável o cometimento do crime em análise.

As fotografias, aliás, encontram-se nos autos e foram reconhecidas pela própria menor.

A alegação de que se tratou de um ato de ingenuidade não condiz com a verdade material apurada, visto haver notícias de que Rui teria vendido algumas fotos, por R$10,00 (dez reais) e R$15,00 (quinze reais).

Incensurável, portanto, a condenação a ele imposta em primeiro grau.

Quanto à pena, observo que Rui Renato também é primário e de bons antecedentes. Sua personalidade é normal e sua conduta social boa. A vítima - com seu comportamento promíscuo, conforme declarado por ela mesma - contribuiu para a prática do delito.

Assim, fixo-lhe a pena-base em um ano de reclusão, reprimenda que fica concretizada neste patamar, à míngua de circunstâncias capazes de alterá-la.

Regime aberto.

Também é cabível aqui a substituição prevista no art. 44 do CP (com a nova redação dada pela Lei nº 9.714/98). O condenado é primário e possuidor de bons antecedentes. Sua conduta social é boa e a personalidade, ao que parece, normal. Os motivos do crime não foram evidenciados e as circunstâncias não lhe são desfavoráveis.

Assim, nos termos da primeira parte do § 2º do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de um ano de reclusão por dez dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Com tais considerações, dou provimento parcial.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e Paulo Tinôco.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

-:::-

**HOMICÍDIO - *ANIMUS NECANDI* - PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSO CULPOSO NA REPULSA - INEXISTÊNCIA**

**- O agente que, após ser provocado pela vítima e, de maneira voluntária e covarde, lhe desfere vários golpes de faca, procurando atingi-la em regiões mortais, age com o *animus necandi*, não se podendo falar que excedeu culposamente os limites da legítima defesa.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 143.228/5 - Comarca de Coração de Jesus - Relator: Des. PAULO MEDINA

Ementa oficial:

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, 08 de junho de 1999. - *Paulo Medina* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Medina* - Joaquim Pereira da Silva foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Coração de Jesus, isto porque, utilizando-se de uma faca, desferiu golpes em Laurinda Rodrigues Soares, provocando-lhe as lesões que ocasionaram sua morte.

O fato foi classificado no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, mas o Conselho de Sentença, aceitando, de início, a excludente de legítima defesa, reconhece o excesso na moderação, que aponta culposo, estando a operar a desclassificação para o art. 121, § 3º, do referido código.

A pena fixada pelo Juiz-Presidente é de um (1) ano de detenção, a par de conceder o *sursis*.

Inconformado, recorre o Ministério Público e o faz sustentando-se na palavra do acusado, reduzida nas declarações prestadas no inquérito, no





interrogatório, durante a instrução e no plenário, onde ressalta que, após receber dois (2) tapas da vítima, reage, dando-lhe golpes de faca.

Nas contra-razões, a defesa argumenta que o Júri pretendeu definir o crime culposo e "não há contradição essencial entre o querido e o realizado pelo autor...".

O parecer do excelente Procurador de Justiça, Dr. Renato Martins Jacob, após o exame da prova, dando-lhe a adequação da doutrina e da jurisprudência, opina pelo provimento.

Em síntese, o relatório.

Verificados que estão os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

1- Inequívoco é que o Conselho pretendeu e definiu a conduta do acusado no homicídio culposo.

Voltou-se à legítima defesa, reconheceu o excesso na moderação da repulsa, dizendo-o na modalidade culposa. A rigor, não haveria sequer de buscar a explicitação da tese em plenário para que da ata estivesse a constar, bastando que no bojo de legítima defesa fosse resolvida, sendo obrigatório até mesmo o quesito que a ele se refere.

Desse modo, o Júri decidiu conforme lhe pareceu melhor.

2- Não obstante, o fez manifestamente contra a prova dos autos - art. 593, III, *d*, do CPP.

Realmente, o réu estava passeando num carrinho de mão com sua mulher, mas, em dado instante, por acidente, o carrinho se desgovernou, e Laurinha é jogada ao chão. Levanta-se, dando-lhe tapas.

Então, o A. "perde a cabeça" - sua a expressão - e "fez a besteira que fez", isto é, dá-lhe as facadas, que o laudo revela em número de quatro, isto é, duas entre as mamárias e duas no flanco direito.

Talvez pudesse estar sob forte emoção, porém desferiu os golpes porque o quis, atingiu porque era sua intenção e pretendeu o resultado.

Aceito a versão do Ministério Público ressaltada inclusive no parecer.

Posto isto, dou provimento à apelação, mandando que o réu Joaquim Pereira da Silva se submeta a novo julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Coração de Jesus.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Odilon Ferreira e Kelsen Carneiro.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## CRIME CONTRA OS COSTUMES - PALAVRA DA VÍTIMA - INCONGRUÊNCIA - NÃO-COADUNAÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DO PROCESSO - FALTA DE POSSIBILIDADE PARA A OCORRÊNCIA DO DELITO - ABSOLVIÇÃO DO RÉU

**- Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima não merece credibilidade se for incongruente e não se coadunar com os demais elementos do processo, especialmente quando provado que os fatos não se deram às escondidas e ficar demonstrada, outrossim, a ausência de possibilidade para a ocorrência do delito, devendo-se, em tal hipótese, absolver o réu.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 143.370/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial:

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, 1º de junho de 1999. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Gomes Lima* - Dirceu Eustáquio Ferreira, brasileiro, casado, atendente de enfermagem, filho de Solezar Procópio Ferreira e Tarcília Maria Ferreira, natural de Nova Lima, e residente na Rua Cambará, nº 390, no Bairro Eldorado, em Belo Horizonte, foi denunciado e processado como incurso nas sanções do art. 216 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, ao fazer curativo no alto da coxa direita da vítima, alegando que havia escorrido secreção purulenta para a vagina da mesma, o réu pediu a ela que abaixasse a calcinha a fim de que pudesse fazer a devida assepsia. Atendendo à solicitação do réu e postando-se de costas, sentiu a vítima, R.C.R., e com surpresa, que ele encostou seu pênis ereto nas partes pudendas.

Ao final, foi Dirceu absolvido por falta de prova de autoria e de materialidade - *vide* fls. 127/129-TJ.

Inconformada, apelou a Justiça Pública à fl. 131-TJ, oferecendo razões às fls. 132/140-TJ.

Contra-razões, às fls. 146/149-TJ.

Emitindo parecer às fls. 157/159-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.





Após detido exame dos autos, convenci-me de que razão assiste ao douto Sentenciante em sua bem elaborada decisão de fls. 127/129-TJ.

Como o douto Sentenciante, também eu tive a atenção chamada para o fato de o ora apelado ter recusado a proposta ministerial de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 - *vide* fls. 84-TJ.

O apelado trouxe para os autos os documentos de fls. 91/99-TJ, e chama a atenção o de fls. 91/96-TJ, que nada mais é que a decisão da Justiça do Trabalho, que, aos 12 de agosto de 1986, julgou procedente a reclamação trabalhista que propôs em face de S.O.S. Medicina e Cirurgia de Urgência Ltda., na qual todo o histórico fático que envolvia a vítima nos presentes autos foi examinado, reconhecendo-se, naquela oportunidade, que sua dispensa se deu sem que se comprovasse a ocorrência de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho.

Observe-se que a Justiça do Trabalho, à fl. 95-TJ, *in medio*, já enfatizava que: "Sem dúvida, precipitou a reclamada em determinar a dispensa do reclamante, sem acautelar-se com uma apuração mais aprofundada e isenta dos fatos, o que, sem dúvida, colocou em risco a dispensa levada a cabo".

E, mais, "Em que pese considerar, como já afirmado, que a questão é inusitada, o Colegiado entende que os deficientes elementos probatórios nos autos não autorizam o acolhimento da tese da justa causa. Caso contrário, estar-se-ia decidindo sobre meras presunções e ilações, e não sobre fatos concretos, materialmente provados, cuja autoria restasse evidente".

Nesse passo, permito-me transcrever excertos da r. sentença hostilizada, constante de fls. 127/127-v.-TJ.

Assim, temos: "No inquérito policial afirmou que o réu agiu do modo que lhe é imputado em uma sala e esta estava com a porta *semi-aberta*. Seria realmente crível que o réu agisse, em delito feito, normalmente, às escondidas, com tamanha imprudência?" - *vide* fls. 128-TJ.

Como foi lembrado pelo douto Sentenciante, "... nos crimes contra os costumes, praticados às escondidas, as palavras da ofendida devem merecer crédito, quando são congruentes e se coadunam com outros elementos do processo" - *vide* fls. 128-TJ, *caput*.

Ademais, conforme disse a própria vítima, à fl. 109-TJ, sentia ela febre e dor de cabeça, o que "perturbava a cabeça", acrescentando que "já operou cinco vezes e tem uma válvula na cabeça e toma Gardenal".

Ora, some-se a este quadro a informação da mãe da vítima de "que a vítima já teve envolvimento em fatos semelhantes com um seu irmão quando tinha apenas oito anos de idade" e se verá que o quadro fático, realmente ocorrido, não deve corresponder à nar-

rativa da vítima e, muito menos, à sua reação.

E, mais, disse a vítima que correu e, no entanto, sua mãe disse que a mesma "tinha a perna atingida muito inchada, o que dificultava que a vítima andasse e por tal motivo não podia ela correr".

Enfim, não é preciso conhecer a vítima para concluir que num estabelecimento hospitalar público, numa pequena sala e com a porta semi-aberta, haveria pouca ou nenhuma possibilidade de o ora apelado agir como pretenderam a vítima e o Ministério Público, e, se isto não bastar, é de se crer que isto, somado ao fato de a vítima apresentar uma coxa tão desproporcional à outra (uma estava três vezes mais volumosa, inchada, que a outra), ao fato de haver um furúnculo, de haver curativo e mesmo de haver ou não escorrido secreção purulenta na vagina da mesma, é difícil que alguém sinta atração sexual e proceda como pretendem a vítima e o apelante, tenha a libido excitada ao ponto de ficar com braguilha aberta e com o pênis ereto exposto.

Confesso que não me convenci da ocorrência do delito e, ao contrário, acredito que tudo leva a crer que tal delito só existiu na mente fantasiosa da vítima. É que a reforçar esse entendimento há a possibilidade de se confrontarem os passados do apelado e da vítima. De um lado, tem-se o apelado, à época, um homem com, praticamente, 42 anos de idade e quase 20 de atividade profissional e, ao que se sabe, sem mácula; de outro, uma vítima que, embora seja respeitável, embora seja casada e tinha 35 anos de idade, apresentava experiência superdesagradável com um irmão aos 8 anos de idade, o que, certamente, lhe gerou profundo trauma, aliado ao quadro clínico já enfocado neste meu voto e, por isso, mantenho a r. sentença absolutória de fls. 127/129-TJ, com o que nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*, pelo Estado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Medina e Odilon Ferreira.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## PENA - CAUSAS DE DIMINUIÇÃO - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - TENTATIVA - GRAU DE REDUÇÃO - INDEPENDÊNCIA

**- A redução da pena operada em seu grau máximo, em virtude do privilégio reconhecido pelos jurados, não impede que a redução, por conta da tentativa, seja feita em patamar inferior ao máximo permitido pela lei, eis que os critérios determinantes de uma e outra causa de diminuição de pena são completamente distintos.**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 144.398/5 - Comarca de Curvelo - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Penal - Causas de diminuição de pena - Homicídio privilegiado - Tentativa - Grau de redução - Independência. - A redução operada em seu grau máximo, em virtude do privilégio reconhecido pelos jurados, não impede que a redução, por conta da tentativa, seja feita em patamar inferior ao máximo permitido pela lei, eis que os critérios determinantes de uma e outra causa de diminuição de pena são completamente distintos.

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, 10 de junho de 1999. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - Fernando Neris, qualificado nos autos, foi condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão, a serem cumpridos em regime semi-aberto, como incurso nas sanções do artigo 121, §§ 1º e 2º, inciso IV, c/c o artigo 14, todos do Código Penal, por ter, no dia 13/10/85, na Comarca de Curvelo, matado a tiros Adão Alves Moreira.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri no dia 16/11/98, os jurados, após afirmarem a materialidade, a autoria e a tentativa, reconheceram o privilégio previsto no § 1º do art. 121, a qualificadora prevista no § 2º, inciso IV, do mesmo dispositivo e a atenuante da confissão espontânea.

Na sentença de fls. 83/85, o MM. Juiz fixou a pena-base em doze anos e um mês de reclusão, reduziu em um mês em virtude da atenuante reconhecida, em um terço por conta do privilégio previsto no § 1º do artigo 121 e, a final, reduziu em mais um terço em virtude da tentativa, ficando a pena totalizada em cinco anos e quatro meses de reclusão.

Inconformado, o réu apelou, com fulcro no artigo 593, inciso III, alíneas *c* e *d*, do Código de Processo Penal.

Alega, em suas singelas razões de fls. 111-TJ, que o MM. Juiz utilizou "dois pesos e duas medidas" na aplicação da pena, eis que, em relação ao privilégio, aplicou a redução máxima (1/3) e, relativamente à tentativa, a redução foi no patamar mínimo (1/3).

O recurso foi contra-arrazoado, e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do seu improvimento.

É o relatório.

Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

Insurge-se o recorrente contra a redução operada a título de tentativa,

que entende deveria alcançar o grau máximo de 2/3 previsto na lei, uma vez que a redução relativa ao homicídio privilegiado se deu neste patamar.

Todavia, não lhe assiste razão.

Com efeito, tais reduções obedecem a critérios próprios e devem ser feitas em graus distintos, como ocorreu no presente caso. Sendo assim, o fato de a redução por conta do privilégio ter sido feita no grau máximo previsto pela lei não significa que a redução, pela tentativa, tenha que também ser feita em seu grau máximo, pois os critérios que determinam uma e outra redução são distintos e independentes.

Assim é que, ao operar a redução a título do privilégio reconhecido pelos jurados - domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima -, o julgador deve atentar principalmente para o comportamento da vítima, que, *in casu*, à fl. 104, foi considerado "*reprovável e provocador, contribuindo de maneira eficaz para a eclosão dos fatos*", daí a justificativa da redução, feita em seu grau máximo de um terço.

Por outro lado, a redução operada por conta da tentativa possui critério objetivo, que é o maior ou menor *iter criminis* percorrido pelo agente, ou seja, o maior ou menor avanço em direção ao resultado final - a consumação -, a que o agente só não chegou por circunstâncias alheias à sua vontade. No presente caso, o apelante efetuou três disparos contra a vítima, dois deles quando a mesma já estava caída ao solo, só não tendo efetuado mais disparos e consumado o homicídio pelo fato de Anílson José da Silva, amigo da vítima, ter investido contra ele com uma faca, momento em que o recorrente desviou sua atenção da vítima para Anílson, desferindo-lhe disparos. Percebe-se, pois, que Fernando esteve bem próximo de consumar o homicídio, sendo, pois, plenamente justificável que a redução, em virtude da tentativa, seja operada em seu grau mínimo.

Sobre tal questão, o STF assim já se manifestou:

"*Causa de diminuição da pena. Tentativa. Percentual. Fundação. - A fixação do percentual incidente no caso concreto, tendo em vista causa de diminuição de pena - tentativa -, não se faz aleatoriamente. Há de ser levado em conta o* iter criminis, *ou seja, os atos que chegaram a ser praticados pelo agente*" (*HC nº* 69.342/3, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 21/08/92, p. 12.784).

Assim, por todo o exposto, percebe-se que as reduções no presente caso foram corretamente efetuadas pelo MM. Juiz, não estando a sentença de fls. 103/105 a merecer qualquer reparo.

Nego provimento à apelação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Alves de Andrade e Herculano Rodrigues.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-





**MAUS-TRATOS - FILHO - CORREÇÃO - DISCIPLINA - CASTIGOS CORPORAIS - EXCESSO - IMODERAÇÃO DO *ANIMUS CORRIGENDI* - MORTE - ART. 136, § 2º, DO CP - CONFIGURAÇÃO**

**- O pai que excede nos castigos corporais, chegando a ponto de provocar a morte de seu filho, responde pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (art. 136, § 2º, do CP), que se configura, precisamente, pela imoderação no** *animus corrigendi.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 144.955/2 - Comarca de Candeias - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: O pai que abusa ou excede nos castigos corporais, chegando a ponto de provocar a morte de sua filha, responde pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (art. 136, § 2º, do Código Penal), que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi.*

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, 24 de agosto de 1999. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Odilon Ferreira* - A respeitável sentença de fls. 253/262 condenou Luciano de Souza Apolinário, como incurso nas iras do art. 136, § 2º c/c o § 3º, do Código Penal, impondo-lhe a pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, isto porque, segundo consta na exordial do processo, tendo sob sua guarda a filha e vítima S.L.A., às vezes impunha a ela violência física devido ao fato de que não se conformava com suas pirraças, sendo que, no dia 29/08/98, esta queria ir até a casa do avô, mas o acusado não deixou e, porque ela fez pirraça, bateu nela até deixar marcas pelo corpo e provocar nela tonturas. No dia 31/08/98, depois de mais uma "pirraça", o denunciado impôs nova agressão à vítima, em face do que teve ela, durante a madrugada, "suspiros estranhos", que se traduziram em quadro de coma profundo, evoluindo para múltiplas lesões até a morte da pequena e indefesa vítima, de apenas 02 anos de idade.

Inconformado com a sua condenação, a tempo e modo apelou o sentenciado, objetivando a reforma da decisão de primeiro grau e via de conseqüência a sua absolvição, em face da inexistência de provas concretas de que, efetivamente, tenha sido o responsável pela morte de sua filha S., e da fragilidade de todas as provas que foram produzidas contra ele. Segundo ele, não há nos autos nenhuma prova,

mesmo que indiciatória, de que tenha ele se excedido na correção da menor, pois, de acordo com seu entendimento, é evidente que, se houvesse ele agredido sua filha, as lesões seriam muito maiores e mais visíveis, dada a desproporção física entre eles. Aduz que, na sua condição de pai, dentro do que lhe é permitido, apenas corrigiu sua filha/vítima, valendo-se de meios módicos (chineladas na bundinha), não se excedendo nos meios empregados.

Afirma ainda ter havido contradição entre o laudo pericial que foi feito dois ou três dias após o alegado espancamento e o depoimento do Dr. Celso Cordeiro Andrade, médico que primeiro atendeu S. no dia dos fatos, que, diferentemente do referido laudo, não constatou hematoma de grande volume na cabeça da mesma.

Contra-arrazoado o apelo, pelo seu desprovimento opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Razão não assiste ao apelante.

A prova dos autos é no sentido de que o mesmo, de fato, praticou o delito a ele imputado, já que demonstrado restou que expôs a perigo de vida sua filha S.L.A., de apenas 02 anos de idade, ao abusar dos meios utilizados para a sua correção.

O próprio acusado, sempre que ouvido, admitiu ter batido em sua filha nos dias narrados na denúncia, embora tenha negado, é verdade, que o evento morte decorreu dos castigos físicos que impôs à pequena vítima.

A testemunha Carmem Luiza Sales Apolinário, esposa do acusado e madrasta da vítima, confirmou que Luciano de fato bateu em S. nos dias 29 e 31 de agosto de 1998, conforme descrito na denúncia. Revelou, inclusive, que neste último dia a menor estava com a barriga "empazada", quer dizer, com ar, tendo a depoente passado a pomada "Doutorzinho" na mesma. Também informou que, durante os dois meses em que S. viveu com ela e seu marido, nunca havia caído da cama nem do sofá, bem como reclamado de dor de cabeça, fato que ocorreu no dia 31/08/98.

O Dr. Celso Cordeiro Andrade, primeiro médico que assistiu a vítima, afirmou em seu depoimento na fase inquisitorial que teve a impressão de que a mesma havia apanhado. Confira-se à fl. 20-verso. Em Juízo, chegou a dizer que, se uma criança cair da cama, pode sofrer lesão cerebral, mas é improvável e desconhece caso específico na literatura médica. Informou, ainda, que a vítima teve vômito com sangue digerido, que indica sinal de lesão do aparelho digestivo ou deglutição de sangue há algumas horas, que pode ter sido causada por agressões, mas no caso não pode precisar o real motivo.

O exame de corpo de delito/relatório de necropsia deixou claro que a vítima, além de apresentar lesões de natureza externa ("... ferida pérfuro-cortante de 1cm no terço proximal da perna esquerda; ferida incisa de 3 cm de comprimento na região inguinal direita. Equimoses localizadas nas regiões: malar, zigomática, masseterina e bucinadora esquerda. Escoriações na região lombar esquerda" - fls. 103-TJ), exibiu no exame interno "... hematoma subcutâneo da região parietal esquerda e perfeita integridade dos ossos da calota craniana. Serrada e aberta a calota craniana constatamos volumoso hematoma subdural e interessando o parênquima encefálico" (*sic*).

Daí, conclui-se que a vítima sofreu vários ferimentos em diversas regiões do corpo, o que joga por terra a versão da defesa, no sentido de que a criança caiu da cama ou bateu com a cabeça no sofá.

Quanto à alegada contradição existente entre o laudo pericial e o depoimento do Dr. Celso Cordeiro Andrade, médico que primeiro atendeu S. no dia dos fatos, que, em seu depoimento, diferentemente do que restou afirmado no referido laudo, não constatou hematoma de grande volume na cabeça da vítima, cumpre salientar que, conforme bem observado pelo Julgador sentenciante, aquele médico procedeu *a um exame superficial com as mãos*, enquanto os peritos criminais realizaram um *exame técnico profundo e detalhado*, utilizando os métodos legais para análise das lesões sofridas pela vítima. Logo, a "divergência" apontada pela douta defesa é perfeitamente explicável, razão pela qual a tese não vinga.

A ficha de atendimento médico e o prontuário de internação referentes à paciente S.L.A., vítima nestes atos, vistos em cópia nos autos (fls. 117/185), não deixam dúvida de que a mesma foi realmente vítima de espancamento.

Diante de tudo que foi visto, pode-se perfeitamente concluir que o acusado exagerou imoderadamente nos meios de correção e disciplina que tinha em mente ministrar à vítima, sua filha, e acabou alcançando o resultado espancamento e, posteriormente, morte, infringindo assim o disposto no artigo 136, §§ 2º e 3º, do Código Penal, sendo, pois, correta a sua condenação por maus-tratos.

A propósito, a orientação pretoriana é no sentido de que:

*"Embora seja permitido ao pai punir o filho, é-lhe vedado tudo quanto ultrapasse a via módica, a leve percussão, e, se o fato expõe a perigo a saúde da vítima, entra na órbita do ilícito penal. Assim, responde por maus-tratos o progenitor que, a título de correção, espanca descendente menor, provocando-lhe lesões corporais"* (TACRIM-SP - AC - Rel. Galvão Coelho - *JUTACRIM*, 49/384).

*"O responsável por uma criança tem direito e dever de corrigi-la, mas é inadmissível que, para tal, use de violência física abusiva e exagerada, cuja comprovação o torna passível de censura penal"* (TACRIM-SP - AC - Rel. Gonzaga Franceschini - *JUTACRIM*, 89/441).

Tendo sido a pena do acusado

fixada em seu limite mínimo, não comporta alteração.

Isto posto, nego provimento ao recurso, para confirmar pelos seus próprios e jurídicos fundamentos a bem lançada decisão de primeiro grau.

Custas, na forma da lei.

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - De acordo.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**TÓXICO - TRÁFICO - TRAZER CONSIGO - GRANDE QUANTIDADE - PRISÃO EM FLAGRANTE - PROVA DA COMERCIALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE - CRIME HEDIONDO - PENA - PRIVATIVA DE LIBERDADE - RESTRITIVA DE DIREITOS - SUBSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - LEI Nº 9.714/98 - INAPLICABILIDADE - INSTRUÇÃO CRIMINAL - ENCERRAMENTO - PRAZO - EXCESSO - NULIDADE PROCESSUAL - INOCORRÊNCIA - RECURSO EM LIBERDADE - INADMISSIBILIDADE - LEI Nº 8.072/90 - INTELIGÊNCIA**

**- A Lei nº 9.714/98 não se aplica aos crimes hediondos, assim como aos a eles equiparados, especialmente quando o agente revelar conduta altamente censurável, além de acentuada insensibilidade moral a denunciar uma psicopática personalidade, circunstâncias essas que, aliadas às demais mencionadas no inciso III do art. 44 do CP, artigo alterado pela Lei nº 9.714/98, desaconselham a substituição da pena privativa de liberdade por pena meramente restritiva de direitos.**

**- Eventual excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não acarreta a nulidade processual. Transposta tal fase, não se pode argumentar com a demora no praticar os atos que a compõem, para, com fundamento nesse retardamento, se reconhecer constrangimento ilegal que autorize a concessão de *habeas corpus*.**

**- Ao acusado preso em flagrante por crime de tráfico de entorpecente não se pode conferir o direito de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90.**

**- Para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde ou tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância denunciadora de mercancia.**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 145.139/2 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Tóxicos - Tráfico - Agente preso em flagrante trazendo consigo grande quantidade de substância entorpecente - Desnecessidade da prova da comercialização do material proibido - Delito caracterizado. - Para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde ou tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância denunciadora da mercancia. - Recurso conhecido e improvido.

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 AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO PARA QUE SE PUBLIQUE O ACÓRDÃO.

Belo Horizonte, 20 de abril de 1999. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Argúi o apelante, preliminarmente, que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritiva de direitos, uma vez que ele atende os requisitos do art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.714/98; que houve excesso de prazo na formação da culpa; ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; e, finalmente, que é direito seu apelar em liberdade.

Descabidas as preliminares suscitadas.

A uma, porque a Lei nº 9.714/98, por incompatível com o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não se aplica aos crimes hediondos, assim como aos a eles equiparados. Essa incompatibilidade ainda se evidencia no fato de que o agente, autor de crime hediondo, revela conduta altamente censurável, além de acentuada insensibilidade moral a denunciar uma psicopática personalidade, circunstâncias essas que, aliadas às demais mencionadas no art. 44, III, da Lei nº 9.714/98, de 25 de novembro de 1998, desaconselham a substituição da pena privativa de liberdade por pena meramente restritiva de direitos.

Além do mais, esta é uma matéria a ser apreciada e decidida pelo Juiz das Execuções.

A duas, porque eventual excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não acarreta nulidade processual.

É orientação dominante no Supremo Tribunal Federal a de que, transposta a fase da instrução criminal, não

se pode argumentar com a demora no praticar os atos que a compõem, para, com fundamento nesse retardamento, se reconhecer constrangimento ilegal que autorize a concessão de *habeas corpus* (*RTJ*, 69/196, 43/479 e 50/635).

Fácil observar, portanto, que, encerrada a instrução criminal, o excesso de prazo porventura ocorrido não enseja ao acusado nem mesmo a concessão de *habeas corpus*.

A três, porque não se pode conferir ao acusado o direito de recorrer em liberdade. Além de encontrar-se preso em conseqüência de flagrante, ao tempo da prolação da sentença, responde pelo crime de tráfico de entorpecentes, não tendo direito, portanto, à liberdade provisória.

Nesse sentido é a jurisprudência:

"Tratando-se de crime hediondo e havendo prisão em flagrante, não tem o acusado direito à liberdade provisória, a teor da Lei nº 8.072/90. Não se pode conceder o benefício ao argumento de que a referida lei deva ser interpretada sem afronta ao princípio constitucional de presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF. Tal dispositivo apenas declara ser o acusado inocente durante o desenvolvimento do processo, só se modificando este estado por sentença final que o reconheça culpado; mas a referida norma não revogou os dispositivos legais que permitem a prisão provisória decorrente de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível, decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos" (TJMG - *RT*, 738/677).

"É inadmissível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, por força do disposto no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90" (*RT*, 744/706).

A quatro, porque não ocorreu nenhuma ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A peça inaugural descreveu os fatos com absoluta clareza, evidenciando que o réu trazia consigo substância entorpecente tanto para vender como para fornecer gratuitamente aos amigos. A r. sentença recorrida está fundamentada exatamente nestas duas modalidades do crime de tráfico de entorpecentes, não havendo portanto nenhuma surpresa ao réu no decreto condenatório.

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas.

No pertinente ao mérito, não merece acolhida a pretensão recursal do réu/apelante de absolvição ou de desclassificação do delito para o do art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Segundo o apurado, no dia 04 de abril de 1998, policiais militares do destacamento policial da Cidade de Conceição do Rio Verde receberam um telefonema anônimo dando conta de que o indivíduo conhecido por "Bertacio ou Rubinho" acabara de desembarcar no terminal rodoviário, oriundo da Cidade de São José dos Campos (SP), e estaria no local comercializando substâncias entorpecentes.

Dois policiais militares para lá





se dirigiram e encontraram o acusado em companhia de um elemento conhecido como "Tufi". Pressentindo a aproximação da Polícia, "Tufi" arrancou das mãos de "Rubinho" um pacote e o arremessou num matagal. Recolhido o material na presença de testemunhas, constatou-se tratar de 265,0 gramas de maconha prensada.

No auto de prisão em flagrante, a princípio, o réu negou a propriedade da droga, mas, depois, aconselhado por seu advogado, resolveu confessar a autoria do crime, afirmando que adquiriu a droga na Cidade de São Paulo, pela quantia de R$ 80,00 (oitenta reais), para seu consumo pessoal, revelando, no entanto, que algumas vezes cede gratuitamente a droga a alguns amigos.

No interrogatório judicial, ratificou suas declarações prestadas na fase indiciária com uma pequena e conveniente ressalva: não cedia substância entorpecente a nenhuma pessoa.

Como se verifica, a materialidade delitiva está comprovada pelos autos de apreensão e de constatação e pelo laudo toxicológico definitivo.

A autoria, por seu turno, é induvidosa, pois o acusado confessou ter adquirido a maconha na Cidade de São Paulo e foi apanhado em flagrante quando a trazia consigo.

Assim, diante de prova tão contundente, não há como se admitir o pedido de absolvição formulado pelo ilustre defensor, posto que a tese da negativa de autoria conflita com a confissão espontânea de seu constituinte.

A questão que merece exame é se a conduta do réu configura ou não o delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos.

Indubitavelmente, os fatos demonstrados nos autos convergem para o tráfico ilícito de entorpecentes.

O acusado foi preso em flagrante trazendo consigo a significativa quantia de 265,0 gramas de maconha, quantidade suficiente para confeccionar mais de duzentos cigarros, circunstância que, por si só, inviabiliza a desclassificação do delito para o do art. 16 da Lei nº 6.368/76. E sobretudo porque, na fase indiciária, ele declarou, na presença de seu advogado constituído, que a droga seria usada também pelos amigos "Tufi", Nelson da Silva Landim e Waldinei Cândido Vilas Boas.

É certo que o réu não foi apanhado no momento do repasse da droga a terceiros. Mas tal circunstância é irrelevante para a caracterização do tráfico.

É cediço na jurisprudência que, para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde ou tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância denunciadora da mercancia.

"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna

o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização" (*RT*, 714/357).

"Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência de que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado" (*RT*, 727/478).

"O delito de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, não exige para sua configuração a venda da substância a terceiros. Basta a consumação da posse ou guarda dessa mesma substância" (*RT*, 739/639).

*In casu*, a despeito de o réu não ter sido colhido no ato da mercancia, as provas são suficientes e não deixam dúvida de que o tóxico apreendido se destinava ao comércio clandestino. Seria ingenuidade supor que um mero usuário se deslocasse para outra cidade distante, a fim de adquirir quase trezentos gramas de maconha, apenas para consumo pessoal.

Assim, diante do contexto probatório, a condenação do apelante nos termos da inicial era a única solução que se impunha.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo com o eminente e culto Relator, inclusive no que se refere à sugestão para que se publique o venerando acórdão, tendo em vista o entendimento ora emanado desta colenda Câmara no tocante à inaplicabilidade da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos e aos a eles equiparados.

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - De acordo com o Relator, também quanto à recomendação.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO PARA QUE SE PUBLIQUE O ACÓRDÃO.

-:::-

**PROCESSO - JUÍZO *AD QUEM* - ADVENTO DA LEI Nº 9.714/98 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - SUBSTITUIÇÃO - MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO *A QUO* - REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA INFERIOR - LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA - COISA JULGADA - RETROAÇÃO**





**- A lei penal posterior, quando mais benéfica (*lex mitior*), deve retroagir, ainda que haja coisa julgada.**

**- Em face do advento da Lei nº 9.714/98 e estando o processo no juízo *ad quem*, impõe-se a remessa dos autos à instância inferior para a necessária manifestação do juízo *a quo* sobre a substituição ou não da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 145.189/7 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial: Apelação - Diligência - Lei nº 9.714/98. - Impõe-se a remessa dos autos ao juízo de origem para a necessária manifestação do MM. Juiz de Direito sobre a substituição ou não da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

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 CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

Belo Horizonte, 10 de junho de 1999. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Arthur* - Gilmar Tolentino dos Santos foi denunciado na Comarca de Patos de Minas, acusado de incurso nas iras do art. 297, c/c art. 304, ambos do Código Penal, por haver, no dia 17 de agosto de 1995, por volta de 07h45m, na Av. Marabá, naquela cidade, quando conduzia o veículo Passat, placa GOV-5281, exibido a policiais, durante fiscalização rotineira de trânsito, a Carteira Nacional de Habilitação nº 005357604, por eles considerada suspeita. Apreendida e submetida a exame pericial, restou constatada sua falsidade, fls. 24.

Após regular procedimento sumarial, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação penal para condenar o acusado Gilmar Tolentino dos Santos à reprimenda de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, bem como a satisfazer obrigação pecuniária correspondente a 10 (dez) dias-multa, concedendo-lhe, a final, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo prazo de 2 (dois) anos, fls. 91/93.

Irresignada com a r. decisão, a defesa de Gilmar interpôs o presente recurso, fls. 95, e aduziu suas razões às fls. 96/98. Sustenta, em síntese, que o réu não tinha conhecimento da falsidade do documento que utilizou. Assim, e não sendo a conduta dolosa, pugna por sua absolvição.

Em contra-razões, o ilustre representante do Ministério Público requer

seja mantida parcialmente a r. decisão hostilizada, operando-se apenas a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, em face da Lei nº 9.714, de 25/11/98, fls. 105/115.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ínclito Procurador Cláudio Fleury Barcelos, que opina pelo improvimento do recurso, fls. 120/124.

É o essencial do relatório. Decido.

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

*Preliminarmente.*

O digno representante do Ministério Público, ao lançar suas contrarazões nos autos, sugere a substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao réu por uma pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714, de 26 de novembro de 1998.

Assevera que, inobstante a instância superior só possa reapreciar a prova "no tocante àquela parte da sentença objeto do recurso, este princípio somente se aplica ao recurso do Ministério Público, ou seja, tratando-se de recurso da defesa, o Tribunal pode ir além do que foi pedido pela parte no recurso de apelo, sem estar julgando *extra petita*, pois para a defesa vige o princípio da verdade real, conjugado com o princípio da *reformatio in melius*".

Nos termos do parágrafo único do art. 2º do CP, *"a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

A lei penal posterior, quando mais benéfica (*lex mitior*), deve retroagir, ainda que haja coisa julgada.

O ilustre Prof. LUIZ FLÁVIO GOMES, em sua obra *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, leciona:

"*... A Lei nº 9.714/98, que entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1998, acaba de ampliar a possibilidade de aplicação das penas substitutivas, logo, em princípio, é mais favorável...*" (Editora Revista dos Tribunais, p. 160).

A seguir e dissertando sobre o tema competência para aplicação da lei nova mais favorável, observa:

"... Se os autos estão no juízo *a quo*, não há a menor dúvida de que o juiz irá examinar a possível e imediata incidência da lei, seja no momento da sentença ou mesmo que já tenha proferido decisão de mérito. Não constitui obstáculo para isso a genérica e muitas vezes equivocada afirmação de que o juiz que sentenciou perdeu sua jurisdição. Isso precisa ser bem compreendido: perde realmente sua jurisdição para o reexame do 'mérito', mas reconquista-a automaticamente na eventualidade do surgimento de fato posterior modificativo do *status quo ante*" (obra citada, p. 161).

Ora, encontrando-se o processo neste egrégio Tribunal, impõe-se a determinação de sua remessa à instância inferior para a necessária manifestação do MM. Juiz *a quo* sobre a substituição ou não da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

É o que ora faço.





Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Tinôco e Alves de Andrade.

*Súmula* - CONVERTERAM O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

-:::-

## HOMICÍDIO - MOTIVO FÚTIL - CIÚMES - INEXISTÊNCIA - QUALIFICADORA - AFASTAMENTO - JÚRI - APELAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA - PRONÚNCIA - LIBELO - NULIDADE - PRECLUSÃO

**- Sendo a apelação do Tribunal do Júri de fundamentação vinculada e tendo o apelante fincado seu inconformismo no art. 593, III, *d*, do CPP, não pode ele inovar argüindo nulidade.**

**- Se a pronúncia acolhe os termos da denúncia, destaca a autoria e a materialidade e apresenta fundamentação razoável, obedecendo ao disposto no art. 408 do CPP, não há que se falar em nulidade.**

**- Inocorre nulidade do libelo, se este mantém a classificação do delito contido na denúncia, máxime quando nada em sentido diverso está na contrariedade ou na ata da sessão de julgamento.**

**- Se a nulidade não é argüida em tempo oportuno, verifica-se a preclusão.**

**- Não se admite o afastamento do motivo fútil, se as provas contidas nos autos estão a demonstrar que ao tempo da ação o réu não agira por motivo de ciúme.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 146.190/4 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. PAULO MEDINA

Ementa oficial:

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 A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 08 de junho de 1999. - *Paulo Medina* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Medina* - Edil-

son Galindo Soares foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Montes Claros, isto porque, utilizando-se de arma de fogo, efetuou disparos contra Solange de Cássia Soares Pereira, ocasionando-lhe a morte.

O Conselho de Sentença, acolhendo o libelo, condenou-o, ficando o fato classificado no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 61, I, II, *c*.

A pena-base foi fixada em 13 anos de reclusão, que aumentou de um (1) ano pelas agravantes já referidas, sendo fechado o regime.

Inconformado, interpõe o A. recurso de apelação - fl. 118 - porque a decisão foi "manifestamente contrária à prova dos autos" - art. 593, III, *d*, do CPP.

Ao apresentar suas razões, argúi preliminar dizendo da nulidade do julgamento porque o libelo incluiu qualificadora não contida na pronúncia, estando esta ainda sem motivação; no mérito, sustenta que, ocorrendo o ciúme, não há motivo fútil, e não subsiste a agravante da reincidência, em face do tempo que decorre de condenação anterior.

As contra-razões estão a responder, dizendo-o em resumo:

- a pronúncia acolheu os termos da denúncia;

- por sua vez, o libelo manteve a classificação correspondente à pronúncia, isto é, o motivo fútil e o recurso que dificultou a defesa;

- no mérito, não existe prova do alegado ciúme;

- e, por último, a prescrição para elidir a reincidência não se verificou, porquanto a sentença anterior é de 04/06/90 e a pena de três (3) anos, sendo certo que o fato delituoso, objeto do recurso, é de 12/05/90, não existindo o prazo de (5) cinco anos entre os dois fatos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, reafirmando as contra-razões, opina pelo improvimento.

Em síntese, o relatório.

Verificados que estão os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

1. A apelação da decisão do Tribunal do Júri é de fundamentação vinculada.

O A. fincou seu inconformismo no art. 593, III, *d*, do CPP e, portanto, não poderia inovar argüindo nulidade.

Não obstante, alargando o exercício do direito de defesa, estou a examiná-las.

1.1. O artigo 408 do CPP prescreve:

"Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos de seu convencimento".

A pronúncia - fl. 62 - destaca a autoria e a materialidade. Voltando-se às qualificadoras, explicita que integram a acusação, devendo o Júri decidir.

A classificação está no art. 121, § 2º, II e IV, embora não aponte a modalidade da conduta.





A sentença de pronúncia transitou em julgado.

1.2. O libelo repete a classificação e destaca que o réu "matou a vítima de surpresa, recurso que impossibilitou sua defesa".

Nada em sentido diverso está na contrariedade ou na ata da sessão de julgamento.

Vê-se pelo questionário que o quesito número seis (6) indaga se o "réu surpreendeu a vítima, recurso que dificultou a defesa da ofendida...".

É, portanto, praticamente idêntico ao que está escrito no libelo, e ambos correspondendo à classificação da pronúncia.

Então, identifico fundamentação razoável na sentença que mandou o réu ao Tribunal do Júri e nenhum o defeito para se inquinar de nulidade o questionário. Independentemente disto, nenhuma argüição, no tempo oportuno, se fez, verificando-se, pois, a preclusão.

Rejeito a preliminar.

2. A prova está de conformidade com o fato narrado desde a exordial.

O réu dirigiu-se à residência da vítima, chamando-a para que pudessem conversar.

Iniciaram um diálogo - ninguém ouviu troca de ofensas - e, de inopino, o A. dispara sua arma, reiteradas vezes, contra a vítima.

Nada ao tempo da ação se referia a ciúme.

Talvez - já moravam juntos e até possuíam um filho - exista ciúme a justificar o atuar do réu no passado.

Todavia, este não pode, sem razão plausível, e apenas alicerçado na sua palavra, projetar-se para que no futuro identifique sempre nele o motivo da ação.

A prova não admite que se afaste o motivo fútil.

3. Quanto à agravante, devo apontar, de início, que o fato delituoso ora em exame é de 12 de maio de 1992.

A sua condenação anterior à pena de três (3) anos é de 04/06/90.

Inexiste o lapso de cinco (5) anos para romper a reincidência, conforme exige o art. 64, I, do Código Penal.

Acrescento que a pena foi fixada com moderação e acerto.

Posto isto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Odilon Ferreira e Kelsen Carneiro.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ESTUPRO - SUSPENSÃO DO PROCESSO - LEI Nº 9.271/96 (ART. 366, CPP) - RETROATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM AS PROVAS DOS AUTOS - DELITO CARACTERIZADO - AUTORIA INDUVIDOSA

**- Por se tratar de regra de caráter híbrido, de direito material e processual, inaplicável é o art. 366 do CPP às infrações cometidas antes da vigência da Lei nº 9.271/96.**

**- Há que se acolher a palavra da vítima, embora com 12 anos de idade, incriminando o acusado, por conformar-se com as demais provas contidas nos autos, capazes de dar-lhe plena credibilidade.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 146.764/6 - Comarca de Coronel Fabriciano - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Estupro - Suspensão do processo - Lei nº 9.271/96 (art. 366, CPP) - Retroatividade - Impossibilidade - Preliminar rejeitada - Palavra da vítima/menor em consonância com as demais provas dos autos - Delito caracterizado - Autoria induvidosa - Condenação - Recurso desprovido. - Por se tratar de regra de caráter híbrido, de direito material e processual, inaplicável é o art. 366 do CPP às infrações cometidas antes da vigência da Lei nº 9.271/96. Há que se acolher a palavra da vítima, embora com 12 anos de idade, incriminando o acusado, por conformar-se com as demais provas contidas nos autos, capazes de dar-lhe plena credibilidade.

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, 17 de agosto de 1999. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Após regularmente processado, foi o acusado José Martins da Silva condenado à pena de 04 anos e 04 meses de reclusão, em regime semi-aberto, como incurso nas sanções do art. 213, c/c art. 224, *a*, do Código Penal, pelo fato de, no início de 1988, ter levado a menor V.A.C., com 09 anos de idade, para os fundos de sua residência, onde a convenceu a relacionar-se sexualmente com ele, situação essa que perdurou por dois anos.

Inconformado, interpõe recurso de apelação, argüindo, em preliminar, a nulidade do processo, pela indevida revogação do ato judicial que havia, corretamente, determinado a suspensão do feito, descumprindo, dessa forma, o preceituado no art. 366 do CPP, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.271/96, uma vez que o acusado, citado por edital, não compareceu aos autos, nem constituiu advogado.





Em razões de mérito, pleiteia sua absolvição, ao fundamento de que sua condenação se baseia, tão-somente, na palavra da pretensa vítima.

O apelo foi contrariado, manifestando-se o Dr. Promotor de Justiça pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, também, pela rejeição da preliminar e pelo não-provimento do recurso do apelante.

De início, há que se analisar a preliminar de nulidade suscitada pelo apelante.

Na verdade, conforme se vê do despacho de fls. 57, foi o feito suspenso na forma do art. 366 do CPP, porque o réu foi citado por edital e não constituiu procurador.

Posteriormente, revogou o MM. Magistrado o despacho que suspendeu o processo, sentenciando o feito, ao fundamento de que a instrução criminal já estava finda e a citação editalícia tinha sido realizada antes da vigência da Lei nº 9.271/96.

Objetiva o apelante a aplicação retroativa da suspensão condicional do processo, que entende beneficiá-lo, sendo que os fatos ocorreram no início de 1988, anteriores, portanto, à nova lei.

A norma contida no art. 366, CPP, com a redação da Lei nº 9.271/96, estabelece que: "se o acusado citado por edital não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional (...)".

Assim, contém essa norma jurídica princípios de direito penal substantivo e processual, sendo defeso cindir a sua aplicação para fins de reconhecer a suspensão do processo e considerá-la irretroativa quanto à suspensão do prazo prescricional.

Vinculadas as duas providências, a segunda impede que o acusado venha a beneficiar-se da suspensão do processo, em face do princípio da irretroatividade da lei *in pejus*, consagrada no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Neste sentido, confira-se a ementa, *in verbis*:

"*Suspensão do processo. Lei nº 9.271, de 1996 (art. 366 do CPP). Retroatividade. Descabimento.*

*Contendo a norma do art. 366 do CPP, com a redação da Lei nº 9.271, de 1996, dois princípios integrados (suspensão do processo e do prazo prescricional), não se pode cindi-los, para fins de aplicação retroativa, mesmo porque disso nenhum benefício resultaria ao réu.*

Recurso desprovido" (*Revista do STJ* nº 112/289).

Assim, resulta que este dispositivo legal só pode ser aplicado às infrações praticadas posteriormente à vigência da referida lei, ou seja, a partir de 17/06/96.

Portanto, correta a decisão de pri-

meiro grau, ao cassar a decisão deferindo ao acusado a suspensão do processo.

Com essas considerações, rejeito a preliminar suscitada pelo apelante.

Em razões de mérito, também não lhe assiste razão.

Na verdade, em seu interrogatório na fase policial, à fl. 11-TJ, nega o acusado a autoria do delito, não comparecendo em Juízo, razão pela qual foi decretada sua revelia e citado por edital.

Todavia, a menor/vítima V.A.C., em suas declarações na Polícia (fls. 10-TJ), relata que, desde os 09 anos de idade, vinha sendo assediada por seu vizinho José Martins da Silva, que era casado, sendo que manteve com ele o seu primeiro relacionamento sexual, no quintal de sua residência (do acusado).

Em Juízo, confirma suas declarações, afirmando que fora seduzida pelo acusado e que se relacionaram por um período de 02 anos (fls. 43-TJ).

A palavra da ofendida encontra ressonância no conjunto probatório.

A testemunha Tito Gonçalves de Azevedo, tanto na fase investigatória como na instrução criminal, relata que viu a vítima sair pela janela de seu quarto para encontrar-se com o acusado, à noite (fls. 18 e 44-TJ).

Também o pai da menor, M.S.C., afirma que, desconfiado de que algo estava acontecendo entre seu vizinho e sua filha, após constatar que esta saíra de madrugada, escondida, de sua residência, para se encontrar com o acusado, "apertou" sua filha e a mesma acabou confessando que havia sido desvirginada pelo referido elemento (fls. 09).

O *acd* de fls. 07/08 registra que houve ruptura do hímen da vítima.

No caso, a violência é presumida, devido à idade da vítima, à época com 12 anos de idade, a teor do art. 224, *a*, CP.

Presente, ainda, a continuidade delitiva pela reiteração da prática criminosa, com unidade de desígnio, pelo período de 02 anos, com a menor, em favor da qual há a presunção de violência.

Correta a dosimetria da pena, fixada em 03 anos e 03 meses de reclusão e acrescida em 1/3, *ex vi* da continuação delitiva, totalizando 04 anos e 04 meses de reclusão, em regime semi-aberto, visto ter sido o crime praticado antes da vigência da Lei nº 8.072/90.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo, confirmando integralmente a decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - De acordo.

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-





**TÓXICO - TRÁFICO - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - PRINCÍPIO NÃO CONSAGRADO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO EM JUÍZO - PREVALÊNCIA DAQUELA EM FACE DO CONJUNTO PROBATÓRIO - ASSOCIAÇÃO - ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76 - INEXISTÊNCIA DE UNIÃO PERMANENTE OU ESTÁVEL - EVENTUALIDADE - CONCURSO DE AGENTES - INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 18, III, DA CITADA LEI**

**- O nosso ordenamento processual penal não consagra o princípio da identidade física do juiz.**

**- Ainda que o réu seja dependente de droga, conforme exame de dependência toxicológica apresentado, tal circunstância não afasta sua imputação no art. 12 da Lei nº 6.368/76, nem mesmo o fato de não ter sido preso no ato da venda, pois a conduta de guardar substância tóxica com finalidade mercantil também configura crime de tráfico.**

**- Havendo apenas um acordo transitório, simples cooperação entre agentes, sem configuração do liame associativo estável, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, caracterizada fica a majorante do art. 18, III, da Lei de Tóxicos.**

**- A simples alegação de ser crime hediondo não obsta à substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la.**

**- Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do CP, com as alterações da Lei nº 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso de crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 148.427/8 - Comarca de Itanhandu - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Entorpecente - Tráfico - Identidade física do juiz - Princípio não consagrado no Direito Processual Penal - Confissão extrajudicial - Retratação em juízo - Prevalência daquela em face do conjunto probatório - Associação - Art. 14 da Lei nº 6.368/76 - Inexistência de união permanente ou estável - Eventualidade - Concurso de agentes - Incidência da majorante do art. 18, III, da citada lei - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Ausência de vedação legal - Requisitos objetivos e subjetivos preenchidos - Admissibilidade - Inteligência do art. 44 do CP, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.714/98 - Apelo defensivo despro-

vido, provido parcialmente o recurso ministerial, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DESPROVER O RECURSO DEFENSIVO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM RESSALVA DO VOGAL E UMA RECOMENDAÇÃO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 29 de junho de 1999. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Zulman Galdino* - Conheço dos recursos, próprios, tempestivos e regularmente processados.

Alexandre da Silva, qualificado nos autos, foi denunciado por infração do art. 12, c/c art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76.

Regularmente processado, foi condenado como incurso somente nas sanções do art. 12 da citada lei, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinqüenta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período, nos termos do art. 44 do CP, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.714/98.

Inconformados com a r. sentença de fls. 238/242, Ministério Público e acusado apelaram (fls. 250 e 285). O primeiro requer seja reconhecida a incidência do art. 14 da Lei nº 6.368/76, em concurso, ou, quando menos, seja majorada a pena, com base no art. 18, III, da Lei de Tóxicos, cumprindo o réu a pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado, sem substituição por restritiva de direitos, vez que traficante não se amolda ao art. 44, III, do CP (fls. 257/283).

O segundo apelante pleiteia sua absolvição, ao argumento de que o Juiz que prolatou a sentença não presidiu os demais atos do processo, baseando-se unicamente em fatos subjetivos, além de as provas não serem suficientes para a condenação (fls. 286/287).

Os recursos foram respondidos às fls. 289/290 e 299/310, pugnando, cada qual, pelo desprovimento do recurso adverso.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento parcial dos apelos, para que seja aumentada a pena do réu, nos termos do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, e revertida a substituição operada, deferindo-lhe, contudo, o regime inicial fechado, com base na Lei nº 9.034/95, além do tratamento ambulatorial sugerido à fl. 211 (fls. 313/325).

Por questão de melhor disciplina, analiso, primeiramente, o recurso da defesa.

Não há como se acolher a





pretensão aduzida. O nosso ordenamento processual penal não consagra o princípio da identidade física do juiz, sendo infundado o argumento de que, se a sentença fosse prolatada pelo Juiz que presidiu a instrução, seria o acusado absolvido. As provas são fortes no sentido de que a droga apreendida se destinava ao tráfico.

A materialidade do delito está comprovada pelo laudo de exame toxicológico de fls. 216.

A autoria ressai induvidosa da confissão do réu. Confessou, extrajudicialmente, a propriedade da droga e sua destinação mercantil. Retratou-se em Juízo, sem qualquer justificativa, dizendo que a maconha era para uso próprio. Todavia, sua retratação não encontra amparo nas demais provas. Declarou que nunca ouviu falar em Marcelino Amaro, indivíduo que lhe teria fornecido a erva, conforme afirmou perante a autoridade policial, em duas oportunidades. Disse, também, que somente comprava quantidade de maconha suficiente para uma utilização ("paradinha"). Entretanto, possuía um "tijolo" de maconha, pesando 96,05 gramas, quantidade considerável e incompatível com sua condição socioeconômica (servente de pedreiro sem emprego fixo).

Em que pese a ser o réu dependente de droga, conforme exame de dependência toxicológica de fls. 204/22, tal circunstância não afasta sua imputação no art. 12 da Lei nº 6.368/76, nem mesmo o fato de não ter sido preso no ato de venda, pois a conduta de guardar substância tóxica com finalidade mercantil também configura crime de tráfico, razão pela qual nego provimento ao apelo defensivo.

Quanto à irresignação ministerial, entendo que não restou configurado o liame associativo estável previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76. O que houve foi um acordo transitório, entre Marcelino e Alexandre, sendo que este último ficaria encarregado de vender a maconha, pagando ao primeiro R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) e ficando com o que arrecadasse a mais. Assim, houve simples cooperação de agentes, sem caráter de permanência, o que configura a majorante prevista no art. 18, III, da Lei de Tóxicos.

Nesse sentido:

"A majorante prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, incide nos casos de co-autoria ou cooperação de agentes na atividade de tráfico ilícito de entorpecentes, ausentes os requisitos da associação estável" (TJSP - Rev. nº 129.619-3/7 - Rel. Denser de Sá - j. 18/3/1993).

O inconformismo referente à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não procede. A simples alegação de ser crime hediondo não obsta à substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do CP, com as alterações da Lei nº 9.714/98, nenhum impe-

dimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso do crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos.

Embora não haja jurisprudência firmada a respeito, há um precedente do STJ:

"*HC*. Penal. Pena substitutiva. Lei nº 9.714/98. Crime hediondo. - A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam as resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetivas e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)". (*HC* nº 8.753-RJ - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - *DJ* de 11/6/99).

A lei apenas exclui da possibilidade de substituição a pena relativa a crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, dentre os quais não se insere o tráfico ilícito de entorpecentes. É claro que o verdadeiro traficante, que vive desse pernicioso negócio e busca lucros financeiros sem qualquer pudor, é perigoso e causa repugnância a todos. Cabe ao juiz, analisando as condições do art. 59 do CP, evitar a impunidade, aplicando a pena adequada e não concedendo o benefício da pena restritiva de direito àquele que representa risco à sociedade. O pequeno traficante, como o do caso presente, que muitas das vezes é usado como instrumento nas mãos dos grandes e poderosos, inobstante a gravidade do delito, não deve ser tratado de igual forma, em razão de trazer menor risco à comunidade.

Também não constitui óbice à referida substituição o fato de o regime de cumprimento da pena ser integralmente fechado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º). Uma coisa é substituição de pena; outra, diversa, é sua execução, ou seja, a forma como vai ser cumprida. Conforme entendimento da Súmula nº 7 da jurisprudência predominante desta Primeira Câmara Criminal: "A Lei nº 8.072/90 não veda a concessão do *sursis*". Ora, se é permitida a suspensão condicional da pena em crime hediondo, também não há que se negar sua substituição por pena restritiva de direitos, uma vez preenchidos os requisitos legais.





Aliás, ocorrendo o descumprimento injustificado da restrição imposta, a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, conforme dispõe o § 4º do art. 44 do CP, à semelhança do *sursis*.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso ministerial para aumentar de 1/3 a pena de Alexandre da Silva, em face do reconhecimento da majorante do art. 18, III, da Lei de Tóxicos, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa, em sua base mínima.

Satisfeitos os critérios objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, quais sejam, pena não superior a quatro anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu primário e sem antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como motivos e circunstâncias do fato a indicarem ser a substituição da pena suficiente, mantenho a substituição operada em primeiro grau (consistente na prestação de serviços à comunidade), por igual período da pena aplicada, na forma a ser explicitada no Juízo de origem, quando da audiência admonitória.

Recomendo seja o réu submetido ao tratamento ambulatorial sugerido à fl. 211 e requerido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Sr. Presidente. Ponho-me de inteiro acordo com o voto proferido pelo eminente Relator.

De fato, com a entrada em vigor da Lei nº 9.714, ocorrida no dia 25/11/98, foram introduzidas expressivas e importantes modificações em nosso sistema jurídico-penal no que concerne à substituição das penas privativas de liberdade.

A nova redação dada ao art. 44 do Código Penal ampliou, em muito, o espectro de aplicação deste dispositivo.

O limite da pena corporal estabelecida anteriormente em um máximo de 1 (um) ano saltou para 4 (quatro), isto em se tratando de crime doloso, desde de que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, sem esta limitação, se culposo.

Trouxeram seus incisos I e II, como medidas limitadoras de sua aplicação, critérios outros, objetivos e subjetivos, como a reincidência em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, etc.

Como se vê, inexiste no dispositivo qualquer óbice no que tange aos delitos tidos como hediondos ou os a ele equiparados, como é o caso do tráfico de entorpecente - único, aliás, desta categoria em que se pode cogitar a substituição penal, posto que, neste caso, a violência contra a pessoa não tem fim em si mesma e nem é um meio natural para sua execução.

Não sendo este um dos impeditivos expressamente consagrados pelo legislador, não se admite venha o julgador estabelecê-lo como óbice à sua aplicação.

Aliás, tal gesto se constituiria em um verdadeiro contra-senso.

Ora, se a Lei nº 8.072/90 não veda suspensão condicional da pena - entendimento este já sedimentado nesta Primeira Câmara Criminal por intermédio da Súmula nº 7 de sua jurisprudência predominante -, com muito mais razão não impediria a aplicação de uma medida penal alternativa à prisão.

Por outro lado, vale frisar que o legislador também não fez qualquer restrição no que diz respeito às espécies de penas privativas de liberdade, nem tampouco quanto ao regime prisional estabelecido.

Não vemos, pois, *in casu*, a exemplo do entendimento esposado pelo eminente Relator, qualquer impedimento em se aplicar a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, atendidos que se fizeram os requisitos estabelecidos pelo Estatuto Aflitivo

Destarte, com estas modestas considerações, rendendo homenagem ao ilustre e culto Relator, ponho-me de inteiro acordo com o seu voto.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Sr. Presidente. Com reservas em relação à aplicação da Lei nº 9.714/98, que entendo não caber nos crimes hediondos, acompanho o Relator, deixando a questão para um estudo mais prolongado na oportunidade em que for eu Relator ou Revisor.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O RECURSO DEFENSIVO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM RESSALVA DO VOGAL E UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

**TÓXICO - TRÁFICO - ESTADO DE NECESSIDADE - HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE - REGIME PRISIONAL - PREVISÃO EM LEI - MODIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - TEMPESTIVIDADE - RAZÕES - APRESENTAÇÃO TARDIA - IRRELEVÂNCIA - ART. 601 DO CPP - INTELIGÊNCIA**

**- Desde que a apelação seja interposta tempestivamente pelo *Parquet*, o oferecimento tardio das razões não impede o seu conhecimento pelo Tribunal, já que ao Ministério Público é vedado desistir de recurso interposto, devendo o apelo ser conhecido, outrossim, por força do regramento expresso no art. 601 do CPP.**

**- O estado de necessidade, em nosso Direito, é causa de exclusão da ilicitude e leva, portanto, à absolvição, não se prestando para justificar a modificação de regime prisional previsto em lei, como no caso do delito de tráfico de entorpecentes. Os motivos do crime, em tal hipótese, devem ser considerados para a fixação da pena-base, e não para a imposição do regime prisional.**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 149.671/0 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Regime prisional - Tráfico de entorpecentes - Lei nº 8.072/90 - Alegação de estado de necessidade - Hipótese de exclusão da antijuridicidade e não de permissivo para modificação do regime prisional previsto em lei. - O estado de necessidade, em nosso Direito, é causa de exclusão da ilicitude, não se prestando a justificar a modificação do regime prisional, embora seja certo que os motivos do crime devam ser considerados na fixação da pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 1º de julho de 1999. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Cláudio de Castro.

*O Sr. Presidente (Des. José Arthur)* - Antes de dar a palavra ao Relator, gostaria de parabenizar o Dr. Cláudio de Castro pela sustentação oral.

*O Sr. Des. Herculano Rodrigues* - Endosso a manifestação do Sr. Presidente e, no preâmbulo do voto, gostaria de fazer esta saudação a V. Exa., cumprimentando-o pelo brilhantismo de sua defesa.

Ouvi com a atenção devida a manifestação do ilustre advogado.

Meu voto é o seguinte:

Na Comarca da Capital, José Carlos Gonçalves, já qualificado, denunciado incurso no art. 12 da Lei Antitóxicos, foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixada esta no patamar unitário mínimo, porque em 16 de maio de 1998 foi preso em flagrante delito, em sua própria residência, local em que guardava expressiva quantidade de cocaína preparada como "crack" - 130 papelotes -, com finalidade mercantil.

O Ministério Público, irresignado com o decreto condenatório, interpôs recurso de apelação. Nas razões de fls., insurge-se contra o regime prisional imposto, reputando-o inadequado e contrário à lei.

As contra-razões abraçam a conclusão da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls., opina, em preliminar, pelo não-conhecimento do recurso, em face da intempestividade do oferecimento das razões e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

As razões recursais foram, efetivamente, apresentadas após o decurso do prazo previsto em lei. No entanto, o apelo foi interposto tempestivamente, e é vedado ao Ministério Público desistir de recurso interposto.

Registro que a jurisprudência acolhe esse entendimento, como se vê do aresto proveniente do TJSP:

"Desde que tempestiva a petição do apelo, não importa a juntada tardia das razões, uma vez que o Ministério Público não pode desistir do recurso" (*RT*, 545/348). No mesmo sentido: *RT*, 425/306, 404/373 e *RJTJERS*, 171/140.

Ademais, ainda que não apresentadas as razões recursais, por força do regramento expresso no art. 601 do CPP, o apelo deveria ser conhecido.

*O Sr. Des. José Arthur* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Herculano Rodrigues* - No mérito, verifica-se que o regime prisional imposto afronta o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a Lei nº 8.072/90 prevê para a espécie o regime integralmente fechado.

As considerações acerca do estado de necessidade não se prestam a modificar dispositivo de lei, considerando-se o sistema jurídico pátrio. Entre nós, o estado de necessidade é causa de exclusão da antijuridicidade da conduta (art. 23, CP) e leva, portanto, à absolvição. Lado outro, os motivos do crime são considerados na fixação da pena-base.

Não se pode conceber ao Judiciário chancelar a prática de ilícitos penais, de modo geral, e especialmente dos delitos que, como o de tráfico de entorpecentes, tanto denigrem e corrompem a sociedade.

As mazelas socioeconômicas de nosso País clamam pela atenção das autoridades e, com certeza, são causa do aumento da criminalidade. Não se pode olvidar, no entanto, que o narcotráfico está presente em todos os países, sejam ricos ou pobres, desenvolvidos ou não.

Na esteira desse raciocínio, afigura-se perigoso o raciocínio desenvolvido pelo MM. Juiz primevo, na medida em que de certo modo abre precedente, igualando a conduta do traficante com a daquele que pratica o chamado furto famélico.

Observo, ainda, que o estado de necessidade não pode ser banalizado, sob pena de dar-se guarida a grandes criminosos, que irão justificar suas condutas com base nessa excludente de ilicitude. Não há como se negar que o índice de criminalidade é maior nas camadas mais pobres da população.





Destarte, a modificação do regime prisional, na espécie, impõe-se de modo inarredável.

Do exposto, dou provimento ao recurso para modificar o regime prisional da r. sentença condenatória, que passa a ser o integralmente fechado.

Custas, pelo apelado.

Quanto à substituição da pena, de acordo com a modificação do art. 44 do CP, V. Exa. poderá pleiteá-la no juízo de execução.

*O Sr. Des. José Arthur* - Estou de acordo com o voto do eminente Relator.

Lamentavelmente, nós temos a lei, e a lei, em casos tais, não permite que o regime seja ou aberto ou semi-aberto. Há que ser integralmente fechado.

Também acompanho o Des. Relator: provejo o recurso. E, como S. Exa., entendo que o sentenciado, na fase de execução e na Vara própria, poderá requerer que se examine a possibilidade de aplicabilidade da lei que trata das penas alternativas, porque a condenação foi inferior a quatro anos de reclusão.

*O Sr. Des. Paulo Tinôco* - Também queria cumprimentar o ilustre advogado pela defesa que fez.

Infelizmente, temos que acatar a lei que expressa que, em tais casos, seja aplicado o regime integralmente fechado.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

## HOMICÍDIO QUALIFICADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - VEREDICTO CONFORME A PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA

**- Concluindo os senhores jurados por uma das versões contidas nos autos, a que lhes pareceu mais conveniente, e que encontra supedâneo nos elementos constantes dos autos, há que ser mantido o veredicto popular.**

**- Na hipótese de dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de modo a assumir o risco de produzir o resultado. Se não queria o resultado, mas, por imprudência, se arriscou a produzi-lo, não pode ser responsabilizado a título de dolo eventual, mas, tão-só, pela culpa consciente, na qual o evento é previsto, mas o agente confia em que não ocorra.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 152.732/4 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Tribunal do Júri - Réu pronunciado por homicídio qualificado - Desclassificação pelo Conselho de Sentença para homicídio culpo-

so - Veredicto popular em consonância com os elementos constantes dos autos - Decisão mantida - Recurso desprovido. - Concluindo os Srs. Jurados por uma das versões contidas nos autos, a que lhes pareceu mais conveniente, e que encontra supedâneo nos elementos constantes dos autos, há que ser mantido o veredicto popular.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 1999. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Após regularmente processado, foi o réu Hamil Ferreira Lopes pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, II, do Código Penal. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, decidiram os Srs. Jurados desclassificar o delito para homicídio culposo, razão pela qual foi condenado à pena de 02 anos e 01 mês de detenção, em regime aberto, como incurso nas sanções do art. 121, § 3°, do Código Penal.

Inconformado, recorre o órgão de acusação, pleiteando a cassação do veredicto popular, porque manifestamente contrário à prova dos autos, com a submissão do réu a novo julgamento pelo Júri Popular.

Argumenta que, conforme ressai do elenco probatório, o apelado, conscientemente, atirou contra a vítima. Houve previsão do resultado. Ainda que não quisesse matar a vítima, ao convidá-la para praticar a brincadeira denominada "roleta russa", assumiu o risco de produzir a sua morte, agindo, assim, não com culpa, na modalidade da imprudência, mas com dolo eventual.

O apelo foi contrariado, manifestando-se o apelado pela confirmação da decisão hostilizada, ressaltando, em síntese, que os participantes de "roleta russa" são apenas "suicidas em potencial", que não têm coragem de puxar o gatilho, agindo com indisfarçável imprudência, e não com dolo.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

Consta dos autos que réu e vítima eram amigos e dividiam a mesma residência, uma chácara em lugar ermo e isolado, na Cidade de Montes Claros. No dia 10/01/1990, por volta das 22h 30m , após assistirem, em companhia de outras duas pessoas, a uma partida de futebol, o réu Hamil Ferreira Lopes convidou o amigo Hélio Francisco Ferreira Oliveira para praticarem uma "roleta russa". Colocou uma bala no tambor do revólver e, ato contínuo, fez um disparo contra a vítima, atingindo-o na nuca e causando a sua morte.





A autoria é confessa, conforme se vê dos interrogatórios do réu na Polícia (fls. 08/10), em Juízo (fls. 33), e em plenário (fls. 78), confirmados pela outra prova testemunhal (fls. 47 a 48).

A materialidade está demonstrada no laudo de necropsia de fls. 18/20-TJ.

O auto de apreensão de fls. 23-TJ registra a apreensão de um revólver com um cartucho deflagrado.

Em suas razões recursais, argumenta o ilustre RMP que o apelado agiu com inequívoco dolo eventual, não podendo prevalecer o veredicto que acatou a tese defensiva do homicídio culposo.

Todavia, entendemos que, na hipótese de dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de modo a assumir o risco de produzir o resultado. Se não queria o resultado, mas, por imprudência, se arriscou a produzi-lo, não pode ser responsabilizado a título de dolo eventual, mas, tão-só, pela culpa consciente, na qual o evento é previsto, mas o agente confia em que não ocorra.

No caso, tanto isso é verdade que o apelado, ao carregar a arma, entregou-a à vítima, dizendo: "Tome o revólver, atire", ao que a vítima respondeu: "não, atire você primeiro, pois da última vez quem atirou foi eu", conforme relata a testemunha José Aparecido de Oliveira, à fl. 47.

Assim, ainda que outros julgados, conforme colacionados pelo diligente Promotor de Justiça, costumeiramente, enquadrem a chamada "roleta russa" como crime preterdoloso, cada caso há que ser analisado separadamente, de acordo com as circunstâncias fáticas, a motivação do delito, a participação da vítima, o *animus* do agente.

Daí a preocupação com a propalada "súmula vinculante", que se avizinha.

Aliás, recentemente, em acórdão publicado no *Minas Gerais* de 25/08/99, da lavra do eminente Des. Odilon Ferreira, a condenação pela prática de "roleta russa" deu-se por homicídio preterintencional.

Mas os casos não são iguais.

Na hipótese destes autos, vítima e réu tinham por hábito praticar tal "brincadeira". Jovens que tinham gosto em viver perigosamente. Manifestam desamor à vida.

Desta vez, imprudentemente, resolveram, mais uma vez, correr o risco. E um deles foi morto. Poderia ter sido o réu.

Há que se ressaltar que, no questionário, conforme se verifica à fl. 80-TJ, foram submetidas à apreciação dos Srs. Jurados duas teses: a acusatória do homicídio qualificado (motivo fútil) e a defensiva do homicídio culposo, decidindo os jurados por esta última. Assim, concluíram por uma das versões possíveis dos autos, aquela que

lhes pareceu mais conveniente e que encontra supedâneo nos elementos constantes do processo.

De resto, já decidiu nosso colendo STJ: "*Manifesta contrariedade à prova dos autos. - Tal não ocorre quando os jurados, bem ou mal, optarem por uma das versões da prova do fato*" (*RTJ*, 84/313).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - De acordo.

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**ESTUPRO - TENTATIVA - ART. 213 C/C ART. 14, II, DO CP - PROCURADOR - INTIMAÇÃO PESSOAL - NECESSIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - REPRESENTAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - TÓXICO - TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS - *SURSIS* - CRIME HEDIONDO - CONCESSÃO - POSSIBILIDADE**

**- Se apenas houve a intimação pessoal do réu, não a de seu defensor constituído, não procede a preliminar de intempestividade do recurso. Não basta a publicação da sentença no *Minas Gerais* para que se dê o defensor constituído por intimado. Inobstante o art. 392 do CPP não regular expressamente a matéria, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser necessária também sua intimação pessoal, para assegurar os princípios da ampla defesa e do contraditório.**

**- A jurisprudência confere legitimidade até a pessoas que, por qualquer motivo, cuidam da vítima, embora inexista a relação de parentesco.**

**- Tem-se como configurada a tentativa de estupro se inequívoco o propósito do acusado de, mediante o emprego de violência física, manter relações sexuais com a ofendida, só não o conseguindo em face de circunstâncias alheias à sua vontade.**

**- Ainda que esteja o acusado ciente da guarda do tóxico na moradia comum, a simples coabitação com viciado não basta ao reconhecimento de infração penal.**

**- A circunstância de ser crime hediondo não impede a concessão do *sursis*.**





APELAÇÃO CRIMINAL Nº 153.613/5 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual penal - Sentença condenatória - Réu preso - Necessidade de intimação pessoal também de seu procurador - Apelo oferecido a tempo - Recurso conhecido - Crime contra os costumes - Violência real - Ação penal pública incondicionada - Súmula nº 608 do STF - Existência de representação, *in casu*, ofertada por pessoa em cuja companhia morava a ofendida - Rigor formalístico afastado - Demonstração inequívoca de pretender a apuração dos fatos supostamente típicos - Legitimação ativa do Ministério Público para a respectiva ação penal - Preliminares rejeitadas - Tráfico ilícito de entorpecente - Droga encontrada na residência do réu, após busca efetuada pela Polícia - Prova bastante falha sobre a sua propriedade, em especial por residir no local outra pessoa, a quem o réu aponta a autoria e que fugiu quando dos fatos - Necessidade de aplicação do *in dubio pro reo* - Absolvição decretada - Crime hediondo - Sursis - Possibilidade de concessão - Inexistência de vedação na Lei nº 8.072/90 - Inteligência da Súmula nº 7 da jurisprudência predominante da Primeira Câmara Criminal do TJMG - Apelo 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 1999. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Marcos Severino Ferreira.

*O Sr. Des. Zulman Galdino* - Estive atento à sustentação oral proferida pelo ilustre patrono do apelante.

Tenho voto escrito, cuja leitura passo a fazer:

Kleberson Weder Severino, qualificado nos autos, foi condenado, na Comarca de Itajubá, como incurso nas sanções dos arts. 214 do CP e 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76 c/c art. 69 do CP, a cumprir pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, mais o pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, em sua base mínima.

Inconformado com a sentença condenatória de fls. 87/94, o acusado interpôs apelação (fls. 96), argüindo, preliminarmente, nulidade processual, por ausência de representação da vítima e ilegitimidade do MP para propositura da ação penal quanto ao crime do art. 214 do CP. No mérito, pugna por sua absolvição em ambos os delitos, por insuficiência de provas para a condenação (fls. 98/105).

Contra-razões recursais às fls. 107/109, requerendo o recorrido, preliminarmente, o não-conhecimento do apelo e, no mérito, o seu desprovimento, no que é acompanhado pelo parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 114/118).

Não procede a preliminar de intempestividade do recurso, vez que apenas houve a intimação pessoal do réu, não a de seu defensor constituído. Não basta a publicação da sentença no *Minas Gerais* para que se dê o defensor constituído por intimado. Inobstante o art. 392 do CPP não regular expressamente a matéria, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser necessária também sua intimação pessoal, para assegurar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Segundo Dante Busana, "a defesa técnica, indispensável à efetiva realização da garantia constitucional da ampla defesa, obriga a intimação da sentença condenatória ao advogado do réu, que não deve ficar desassistido no momento culminante do processo" (TACRIM-SP - RvCrim nº 138.700).

E ainda:

STF: "Não cabe falar em intempestividade da apelação do réu, se somente quanto a esse houve intimação. Do princípio da ampla defesa resulta que a intimação da sentença condenatória deve ser feita, regularmente, tanto ao réu, como a seu defensor, fluindo o prazo de recurso a partir da última intimação efetuada" (*RT*, 726/591).

"Intimação. Sentença condenatória. Ato que deve ser realizado na pessoa do réu e também na de seu defensor, seja constituído ou dativo. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa" (TACRIM-SP, *HC* nº 299.652/2 - *RT*, 740/612).

Destarte, rejeito a preliminar e conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Também não merecem acolhida as preliminares de nulidade processual. A uma, porque se trata de crime de ação penal pública incondicionada, tendo em vista a prática do crime contra os costumes com violência real (Súmula nº 608 do STF e *RTJ*, 133/1.158). Tal entendimento mantém-se mesmo após a vigência da Lei nº 9.099/95, quando se passou a exigir representação para o crime de lesões corporais leves ou culposas (art. 88). A duas, porque, ainda que se considere necessária a representação, que prescinde de rigor formalístico, ela existiu. A menor-vítima (R.), com a idade de 15 anos, não mais residia com seus pais, mas em companhia de L., irmã de F. (com quem se casou). L., portanto, era responsável pela vítima naquele momento e acionou a Polícia, tão logo os fatos aconteceram, demonstrando inequívoco desejo de providências contra o acusado. Impõe-se esclarecer que, em Juízo, a ofendida ratificou a representação feita por L., revelando, *quantum satis*, o seu interesse em processar criminalmente o apelante. A jurisprudência confere legitimidade até a pessoas que, por qualquer motivo, cuidam da vítima, embora inexista a relação de parentesco.

Nesse sentido:





"Crime contra os costumes. Ação penal. Representação. Formulação por pessoa responsável, ainda que momentaneamente, pela criança ou adolescente vítima do delito. Admissibilidade" (REsp nº 120.698-DF - Quinta Turma - j. em 21/10/1997, Rel. Min. José Dantas, *DJU*, 24/11/1997).

Ademais, trata-se de pessoa pobre no sentido legal da palavra, revelando-se perfeitamente legítima a atuação do Ministério Público na propositura da respectiva ação penal.

Rejeito as preliminares.

Passo à análise do mérito.

Em relação ao crime contra os costumes, a prova revela que o réu, acreditando estar a vítima desacompanhada, invadiu a residência (com o rosto encoberto) e tentou, mediante violência, subjugá-la com o evidente intuito de com ela manter conjunção carnal. O fato de haver passado as mãos nas pernas da ofendida, quando tentava retirá-la da casa, não pode revelar a prática isolada de um crime de atentado violento ao pudor. Seria ilógico alguém adentrar uma residência, sem intenção de roubar ou furtar, usando uma arma e um disfarce para ocultar o rosto, e que pretendesse apenas a prática de um simples ato libidinoso. Apesar de negar a autoria, o acusado confessou que "paquerava" a vítima, tendo até procurado saber se a mesma era casada, através de sua sobrinha.

O verdadeiro móvel que levou o réu a agir foi, dúvida não há, a vontade de praticar um estupro, usando, para tanto, de indisfarçável violência.

A consumação somente não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do agente. Afinal, a cunhada da vítima (L.) conseguiu desarmar o réu e tratou de acionar, imediatamente, a Polícia, e F., que havia sido agredido com uma coronhada pelo réu, atracou-se com ele, impedindo a continuação do ato que tentava praticar. Não fossem L. e F., por certo, o réu teria consumado o ato sexual mediante violência contra a pessoa. Há de se esclarecer que o exame de corpo de delito (fls. 33) atestou a presença de ferimentos na ofendida, numa revelação de que a mesma foi alvo de agressões.

Nesse sentido:

"Sendo inequívoco o propósito do acusado de, mediante o emprego de violência física, manter relações sexuais com a ofendida, só não o conseguindo em face de reação desta e do socorro de pessoas que passavam pelo local, tem-se como configurada a tentativa de estupro" (TJSP - AC - Rel. Ferreira Leite - *RT*, 532/334).

Deve, portanto, ser o réu condenado nas iras do art. 213 c/c o art. 14, II, ambos do CP (estupro tentado), certo de que a sua conduta está bem narrada na denúncia (art. 383 do CPP).

Quanto ao crime de tráfico, desume-se dos autos que, após os fatos narrados acima, referentes ao crime con-

tra os costumes, a Polícia foi até a residência do acusado, onde o mesmo estava deitado, ainda machucado, e encontrou certa quantidade de maconha, como demonstra a prova material acostada aos autos (fls. 26 e 47). Acontece que há certa dúvida quanto à propriedade da droga apreendida, negada sistematicamente pelo apelante, nas vezes em que foi ouvido, e apontada a seu primo Marcelo, que também residia no local, conforme depoimento de testemunhas.

O policial condutor afirmou que a droga foi encontrada no quarto ao lado daquele em que dormia o acusado (fls. 5/6), quarto esse que seria de Marcelo, segundo o réu. No dia dos fatos, Marcelo estava de bicicleta rondando o local, e foi visto por L., que chegou a lhe pedir ajuda. Logo em seguida, fugiu, não tendo sido mais encontrado. A autoridade policial representou pela decretação de sua prisão temporária (fls. 31), entretanto, o ilustre Magistrado sequer mencionou a respeito.

Assim, estando a cargo da acusação a eliminação de qualquer dúvida no espírito do Julgador, não se sabem, ao certo, as razões pelas quais não se arrolou como testemunha o citado elemento, que muito poderia esclarecer a respeito do acontecido. Ninguém atribui ao réu a condição de traficante, ao passo que L. afirmou que via pessoas chamando por Marcelo naquela residência (fls. 24-v.). O que importa salientar é que, por deficiência da prova colhida, não há uma segurança que possibilite um veredicto de cunho condenatório. Para o reconhecimento da traficância, exigem-se provas seguras e concludentes. Afinal, pairando dúvidas, deve-se fazer opção pelo velho brocardo do *in dubio pro reo.*

Em caso semelhante já se decidiu:

"A simples coabitação com viciado, ainda que esteja o acusado ciente da guarda do tóxico na moradia comum, não basta ao reconhecimento de infração penal" (TACRIM-SP - AC - Rel. Lauro Malheiros - *JUTACRIM*, 52/294).

Com estas considerações, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao apelo, para absolver o réu quanto ao crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e condená-lo como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 14, II, do CP. Atento às condições do art. 59, que são favoráveis ao acusado, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e reduzo-a de 2/3, em face da tentativa, para concretizá-la em 2 (dois) anos de reclusão.

Presentes os requisitos do art. 77 do CP, concedo ao apelante o benefício do *sursis*, por igual período e nas condições a serem fixadas no Juízo de origem. A circunstância de ser crime hediondo não impede a concessão do *sursis*, conforme tem decidido esta Primeira Câmara Criminal (Súmula nº 7).

Custas, *ex lege.*

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Ponho-me de inteiro acordo com o eminente Relator.

Sobre o cabimento do *sursis* nos





crimes hediondos, gostaria apenas de lembrar lição do sempre acatado DAMÁSIO DE JESUS, que asseverou:

"A execução da pena imposta em face de sua prática, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o *sursis*. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada em regime integralmente fechado. Ocorre que o *sursis* constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução". (JESUS, Damásio E., *apud* GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, São Paulo, RT, 1999, p. 113.)

Com este modesto subsídio, repito, ponho-me de inteiro acordo com o eminente e culto Desembargador Zulman Galdino para, rejeitando as preliminares suscitadas, dar provimento parcial ao recurso, nos exatos termos de seu voto.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Rejeito as preliminares.

Como Vogal, tive rápido acesso aos autos e, pelas anotações que deles fiz, cheguei à mesma conclusão do Relator, asseverando que a solução ofertada no caso é altamente benéfica ao acusado.

Também dou provimento parcial, acompanhando na íntegra o voto do eminente Relator.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

-:::-

## MENOR - ATO INFRACIONAL - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - INTERNAÇÃO - MAIOR DE 21 ANOS - APLICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 121, § 5º, DO ECA - VEDAÇÃO

**- A medida socioeducativa consistente na internação do menor autor de infrações graves não tem como finalidade puni-lo, mas protegê-lo com vistas à recuperação. Completada a maioridade, de nada adianta a aplicação de tal medida, pois o maior de 21 (vinte e um) anos a lei presume ser pessoa já completamente formada em seu caráter, tendo inclusive adquirido uma concepção própria, daí a vedação legal expressa no art. 121, § 5º, do ECA.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 154.313/1 - Comarca de Divino - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional - Medida socioeducativa de internação - Impossibilidade de aplicação ao maior de 21 anos. - A medida socioeducativa consistente na internação do menor autor de infrações graves não tem como finalidade puni-lo, mas

a sua proteção com vistas à recuperação. De nada adiantaria a aplicação de tal medida ao maior de 21 anos, que a lei presume ser pessoa já completamente formada em seu caráter, tendo inclusive adquirido uma concepção moral própria. Vedação expressa do art. 121, § 5º, do ECA.

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, 24 de agosto de 1999. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Odilon Ferreira* - Na Comarca de Divino, os adolescentes J.M.A., mais conhecido como "D.", ora recorrente, e J.D., nos termos da Lei nº 8.069, de 13/07/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), foram representados em 14/10/96 e processados por terem praticado ato infracional com conduta descrita no artigo 121, § 2º, II e IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

Descreve a representação que, no dia 24 de dezembro de 1993, os representados encontravam-se no "Bar do Soró", situado na Rua "F", nº 05, no Distrito de Bom Jesus, Comarca de Divino, acompanhados de João Batista Camilo de Souza, cunhado de ambos e da vítima Elias de Souza.

Em um dado instante, houve um pequeno entrevero entre J. e Elias, em decorrência de um esbarrão dado fortuitamente por este último. Após este fato, João Batista e o menor J.M. dirigiram-se a uma casa em construção, onde o primeiro entregou ao segundo uma garrucha de calibre não identificado, dizendo ao mesmo que deveria utilizar a arma para acabar com Elias.

De volta ao bar, J., dissimuladamente, convidou a vítima Elias para uma conversa defronte ao estabelecimento, sendo prontamente atendido. No momento em que transcorria o diálogo entre J. e Elias, percebendo um sinal feito por João Batista, o menor J.M. efetuou um disparo certeiro pelas costas de Elias, ferindo-o mortalmente, conforme *acd* de fls. 37/40-TJ.

A representação foi recebida em 15 de outubro de 1996, fls. 83-TJ. Na fase instrutória, os autos foram baixados em diligência para requisição das certidões de nascimento dos representados, não sendo encontrados nos Cartórios de Registro Civil da comarca quaisquer registros que comprovassem a idade dos representados.

Após concluída regularmente a instrução do feito, através da r. sentença de fls. 183/188-TJ, foi a representação julgada parcialmente procedente para absolver o menor J.D. e para condenar o recorrente J.M.A. a cumprir medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, na forma dos arts. 121 a 125 do ECA, pela prática de ato infracional com conduta descrita





no artigo 121, § 2º, II e IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

Inconformada com a decisão, a defesa do representado interpôs recurso de apelação, em cujas razões de fls. 191/194 requer, em preliminar, a nulidade do processo sob os seguintes argumentos:

• inversão da ordem processual, uma vez que as testemunhas da acusação foram ouvidas após a audiência das testemunhas de defesa;

• carência da representação, uma vez que o ECA é de aplicação exclusiva a crianças e adolescentes e, por ocasião do aforamento da peça exordial, o recorrente já havia atingido a maioridade, fato que inviabiliza a ação.

Quanto ao mérito, a defesa reconhece a autoria, mas considera absurda e sem respaldo no ECA a internação por prazo indeterminado, determinada pelo douto Sentenciante.

Requer, ainda, a absolvição do representado pela ocorrência da coação moral irresistível perpetrada por seu cunhado, fato este que exclui a culpabilidade. O menor não tivera condições de resistibilidade à ameaça, diante das condições psicológicas no momento, uma vez que contava apenas quinze anos de idade. Se não matasse Elias, morreria, como plantado em sua cabeça por seu cunhado Camilo.

Finalmente, a defesa alega ser J.M. arrimo de família, com esposa grávida e pais para sustentar, não sendo indicada a aplicação da medida socioeducativa em um ex-menor hoje totalmente recuperado.

Em contra-razões recursais de fls. 197/201-TJ, pugna o douto representante do Ministério Público da comarca pelo desprovimento do apelo, com a confirmação, em todos os seus termos, da sentença fustigada.

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. João Batista da Silva, fls. 209/212-TJ, opina pelo conhecimento do recurso e pelo seu desprovimento, para que seja confirmada a decisão monocrática.

É o relatório no essencial.

Conheço do recurso, pois presentes estão os pressupostos de sua admissibilidade.

Observa-se dos autos que não foi encontrado nenhum documento de registro do recorrente. Trata-se de pessoa analfabeta, sem qualquer registro público, não possuindo certidão de nascimento, carteira de identidade ou outro documento que pudesse comprovar de forma efetiva a sua idade.

Na sentença, o nobre Magistrado reconheceu que J.M., ao tempo do fato, possuía idade superior a 12 e inferior a 18 anos. Os pais declararam que J.M. possuía 16 anos, e este, por sua vez, declarou ter 15 anos, conforme informações prestadas na delegacia, fls. 56/57.

Com o objetivo de suprir a dúvida a respeito da idade do recorrente à época dos fatos, foi realizado exame pericial de verificação de idade em J.M., fls. 68/69-TJ. Após constatarem a presença de dentes sisos em ambos os lados da arcada dentária e realizarem exame radiológico para verificação da maturação esquelética, concluíram os peritos-médicos ter o recorrente idade entre 18 e 19 anos. O exame foi realizado em 06 de fevereiro de 1996.

Ora, se tomarmos a pior hipótese de que o recorrente em fevereiro de 1996 contava dezoito anos de idade, certamente agora possui 21 anos ou mais, não lhe sendo possível a aplicação da medida socioeducativa de internação, por expressa vedação legal, art. 121, § 5°, do ECA.

A este respeito, pertinente o entendimento de ALBERTO SILVA FRANCO: "O parágrafo único do art. 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente reza que as normas contidas na referida lei são excepcionalmente aplicáveis às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Assim, se o adolescente, pouco antes de alcançar a maioridade penal, vier a cometer um ato infracional, não ficará, ao atingir os dezoito anos de idade, imune à aplicação de medida socioeducativa cominada no ECA. Atos infracionais realizados antes do termo final do período caracterizador da adolescência continuam na competência do Juiz da Infância e da Juventude, nos casos expressamente previstos no ECA. A única restrição admissível na matéria diz respeito ao momento final da execução da medida aplicada. *O art. 121, § 5°, do ECA, é bastante explícito ao estatuir que, no caso de internação (a mais grave de todas as medidas socioeducativas), a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade, isto é, ao atingir o infrator a maioridade civil.* O ECA reiterou, sob tal ótica, o § 1° do art. 99 do revogado Código de Menores, guardando, por isso, pertinência a jurisprudência coligida a respeito" (*in Leis Penais Especiais e sua Interpretação*, RT, 5ª ed., p. 312), grifo nosso.

A medida socioeducativa consistente na internação do menor autor de infrações graves não tem como finalidade puni-lo, mas protegê-lo com vistas à recuperação. De nada adiantaria a aplicação de tal medida ao maior de 21 anos, que a lei presume ser pessoa já completamente formada em seu caráter, tendo inclusive adquirido uma concepção moral própria.

Infelizmente, o longo tempo transcorrido desde a abertura do inquérito policial até a prolação da sentença de primeiro grau impediu que o Estado pudesse de alguma forma tentar recuperar o menor J.M.A. Espera-se que, após todos estes anos, tenha ele tomado consciência da barbaridade de seu ato.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por J.M.A., para revogar a medida socioeducativa de internação imposta pelo Juízo primevo, tendo em vista contar atualmente o recorrente mais de 21 anos de idade, não sendo possível a aplicação de tal medida, como disposto no art. 121, § 5°, da Lei n° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - De acordo.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.





-:::-

**PRONÚNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - LIBERDADE DE PRESO LEGALMENTE CUSTODIADO - ERRO MATERIAL - ALTERAÇÃO *EX OFFICIO* - POSSIBILIDADE - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

**- A decisão de pronúncia, ainda que trânsita em julgado, pode sofrer alterações, de ofício, em sua parte não substancial, se evidente o erro material ensejador da liberação do preso, que fora legalmente custodiado.**

*HABEAS CORPUS* Nº 144.952/9 - Comarca de São João Del-Rei - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Homicídio qualificado - Pronúncia com direito ao recurso em liberdade - Alteração, *ex officio*, pelo juiz de direito, para retificação de suposto erro material - Possibilidade, apesar da inexistência de embargos de declaração. - A decisão de pronúncia, ainda que trânsita em julgado, pode sofrer alterações, de ofício, em sua parte não substancial, se evidente o erro material ensejador da liberação do preso, legalmente custodiado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 15 de abril de 1999. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Roney Oliveira* - O advogado Sérgio Moreira Possa, com pedido de liminar, impetrou *habeas corpus* em favor de Wanderly Demétrio de Carvalho, pronunciado, por homicídio qualificado, pela Justiça Criminal de São João Del-Rei.

Apresentando fotocópia da pronúncia, lavrada em 28 de dezembro de 1998, pelo Juiz de Direito Cooperador, Auro Aparecido Maia de Andrade, alega o impetrante que, no derradeiro parágrafo daquela decisão, o Magistrado pronunciante assim se manifestou:

"Embora primário, a certidão de antecedentes criminais de fls. 102 informa outros delitos com envolvimento do réu, o que recomenda que o mesmo aguarde o julgamento final em liberdade".

Obediente a tal comando, o paciente requereu, em 05 de janeiro último, a expedição de alvará de soltura, o que, no entanto, foi indeferido pela Juíza de plantão, Sônia M. R. Duarte, de cuja decisão extraio:

"Pretende o Dr. Defensor o alvará de soltura de Wanderleu Demétrio de Carvalho (*sic*) invocando a decisão de pronúncia que, em seu entendimento, teria determinado que o réu aguardasse o julgamento em liberdade.

Entretanto, houve um erro material, visível para todos nós e sem maiores indagações. O douto Juiz prolator referiu-se aos antecedentes criminais do réu (fls. 102), naturalmente querendo dizer que 'não' recomenda que o mesmo aguarde o julgamento final em liberdade (fls. 162).

Faltou a palavra 'não'. Diante do exposto, indefiro o pedido de soltura, determinando que o mesmo aguarde o julgamento em prisão, conforme decidido pela pronúncia".

Argumentando que a inocorrência de prisão em flagrante e a de vaga na pauta do Júri tornam constrangedora e ilegal a permanência do paciente na custódia preventiva em que se encontra desde o dia 29 de março de 1998, pleiteia o impetrante sua liberação, que não foi deferida liminarmente por este Relator.

A autoridade coatora prestou as informações de fls. 16-27-v., instruídas com farta documentação, opinando o Procurador de Justiça, Gilvan Alves Franco, pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em princípio, não pode nem deve o magistrado alterar a sua decisão, de ofício, depois de exaurida a prestação jurisdicional e de trânsita em julgado a pronúncia.

Esse princípio, no entanto, não é absoluto, podendo o juiz, ainda que não interpostos embargos de declaração, retificar, de ofício, erros e inexatidões materiais da parte adjetiva e acessória de seu pronunciamento, sem alterar-lhe a essência, o que conspiraria contra a *res judicata*.

No caso em tela, evidente o erro material noticiado no último parágrafo da pronúncia, em que se reconheceu a primariedade do réu, sem embargo de seus maus antecedentes criminais, certificados à fl. 102, em que são informados outros delitos em que se envolveu.

Depois de tal constatação, natural seria que o Magistrado completasse o seu raciocínio com uma negativa: "o que (*não*) recomenda que o mesmo aguarde o julgamento final em liberdade".

Ocorre que, no afã de decidir com celeridade, o Juiz omitiu a negativa, decorrência lógica de seu raciocínio anterior, ensejando o erro material assim redigido: "o que recomenda que o mesmo aguarde o julgamento final em liberdade".

*Data venia*, maus antecedentes, ainda que de réu primário, não recomendam tal liberalidade, que somente não foi esclarecida por embargos de declaração, porque o douto patrono do paciente, vulpinamente, reteve os autos, indevidamente, fora do cartório, por mais de dois meses, numa primeira investida, certificada à fl. 22, renovando seu procedimento aético pela vez segunda, após a prolação de pronúncia, como se certifica, também, à fl. 27.

Verifica-se, sem grande esforço, que, agora querendo tirar proveito da própria torpitude, aquele patrono atrasou o desfecho instrutório pelo menos duas vezes e por muitos meses: de 04/08/98 a 17/11/98, quando retirou e, sob vara, devolveu os autos a cartório, sem alegações finais, e, de 11/01/99 a 09/02/99, quando os ocultou, em seus escaninhos, após a pronúncia, cujo trânsito em julgado lhe interessava, para se aproveitar do cochilo do Pronunciante.

Transitada em julgado a pronúncia, peticiona aquele causídico pela liberação do paciente, nos termos do comando final da pronúncia, mas sua pretensão esbarrou na já transcrita decisão de fls. 09, em que a vigilante Magistrada, Sônia Marlene Rocha Duarte, retificou, em boa hora, o visível erro material da decisão de pronúncia, consistente na omissão da negativa exigida pela parte primeira do texto.

Como se observa na página 507, artigo 389, das anotações de Mirabete ao Código de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência trazem uniformes pronunciamentos sobre a possibilidade de retificação do erro material, mesmo após o trânsito em julgado da decisão criminal.

Reiteradas são as manifestações do TACRIM-SP a tal respeito, aplicando-se, à espécie, como luva, o acórdão transcrito na *RT*, 651/295:

"Nulidade. Conclusão que não decorre da fundamentação. Possibilidade de exame não só em revisão criminal como em *habeas corpus*. Defeito resultante de equívoco material, passível de correção a qualquer tempo, inclusive *ex officio* pelo juiz. Matéria que não transita em julgado. Constrangimento ilegal caracterizado. *Writ* concedido. Inteligência dos arts. 295, parágrafo único, II, do CPC; 381, II, do CPP; e 5º, LXVIII, da CF".

Como se isso não bastasse, os motivos ensejadores da custódia preventiva persistem, porquanto, apesar de preso desde 24/03/98, o paciente, através de seu ilustrado, culto, zeloso e operoso patrono, tudo tem feito para dificultar a realização do Júri, pela prática de homicídio qualificado, como se demonstrou na reiterada retenção indevida dos autos criminais, como se tal conduta se prestasse a elidir a eventual falta de datas para realização do Júri, como se certificou, de maneira pouco responsável, à fl. 10, deslembrando-se o certificador de que as pautas são designadas pelo magistrado, que pode valer-se de convocações extraordinárias do Tribunal do Júri, quando sobrecarregada a pauta ordinária.

Com essas considerações, denego a ordem.

Participaram do julgamento os Desembargadores Alves de Andrade e Herculano Rodrigues.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

## PRISÃO CIVIL - ALIMENTOS - REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE SEIS PRESTAÇÕES - PERDA DO CARÁTER ALIMENTAR - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - ADIMPLEMENTO DAS ÚLTIMAS TRÊS PARCELAS - RESTRIÇÃO DA MEDIDA COMPULSIVA - *HABEAS CORPUS* - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA

**- Em sede de *habeas corpus*, a análise da prisão civil restringe-se aos aspectos formais do decreto prisional, cabendo o profundo exame do material probatório no procedimento próprio de primeiro ou segundo grau de jurisdição civil.**

**- O condicionamento da revogação da prisão civil ao pagamento das últimas seis prestações alimentícias deve ser restringido ao adimplemento das três parcelas mais recentemente vencidas, porquanto, conforme entendimento jurisprudencial, somente estas revestem verdadeiro caráter alimentar.**

*HABEAS CORPUS* Nº 152.907/2 - Comarca de Araguari - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão civil - Revogação da custódia condicionada ao pagamento de seis prestações - Perda do caráter alimentar - Entendimento jurisprudencial - Adimplemento das últimas três parcelas - Restrição da medida compulsiva. - O condicionamento da revogação da prisão civil ao pagamento das últimas seis prestações deve ser restringido ao adimplemento das três parcelas mais recentemente vencidas, porquanto, conforme entendimento jurisprudencial, somente estas revestem verdadeiro caráter alimentar. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em conceder parcialmente a ordem impetrada, nos termos do voto do Relator, à unanimidade.

Belo Horizonte, 1º de junho de 1999. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Zulman Galdino* - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Alaimar Vargas Lomeu, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguari.

Consta da impetração que o paciente teve decretada contra si a prisão civil pelo prazo de noventa dias por inadimplemento de prestações alimentícias. Alega que não tem condições de quitar o débito que lhe é cobrado devido à mudança de sua situação econômica, além de afirmar que sua prisão se deu de maneira ilegal, pois sequer fora intimado do decreto prisional, sendo preso no recinto do fórum da Comarca de Araguari, quando lá estava para acompanhar o andamento do processo em questão. Sob tais argumentos, requer a concessão da ordem, colimando, alternativamente, seja determinado, apenas, o depósito das três últimas parcelas devidas e que apresentam verdadeiro caráter alimentar.

A medida liminar foi indeferida pelo então Relator em plantão, em. Des. Edelberto Santiago (fls.7).

Posteriormente, foi protocolizada petição por parte do paciente informando a suspensão da ordem de prisão pelo prazo de dez dias, em virtude de ter sido executada sem mandado de prisão. Não obstante, manifestou-se o paciente pelo prosseguimento do *writ* para que seja definitivamente cassada a ordem de prisão (fls. 11/74).

Requisitadas informações à indigitada autoridade coatora, foram estas prestadas às fls. 75/109.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem (fls. 112/114).

Em sede de *habeas corpus*, a análise da prisão civil restringe-se aos aspectos formais do decreto prisional, cabendo o profundo exame do material probatório no procedimento próprio de primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Nenhuma irregularidade houve na decisão de primeira instância. Foi proferida por juiz competente, de maneira fundamentada, ainda que se reportando ao parecer do órgão ministerial, e estabeleceu o prazo de duração nos limites legais. Irregularidade houve na execução da decisão, quando se efetuou a prisão do paciente sem a apresentação do indispensável mandado judicial. Tal irregularidade, porém, foi sanada com a suspensão da custódia pelo prazo de dez dias, dando nova oportunidade ao paciente de saldar as prestações em atraso.

Embora o valor devido ultrapasse R$17.000,00 (dezessete mil reais), o MM. Juiz de Direito deixou claro na decisão que a prisão poderia ser revogada caso fosse efetuado o pagamento das últimas seis prestações. Não se pode afirmar, pois, que a prisão civil teria sido determinada, indiretamente, em decorrência de débito alimentar pretérito ou para compelir ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios.

Todavia, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, apenas as três últimas parcelas revestem, verdadeiramente, caráter alimentar, e somente pelo inadimplemento destas é que se justifica a prisão civil.

"Recurso de *habeas corpus*. Prisão civil. Dívida antiga e que alcança um valor razoável. Devedor que se diz impossibilitado de pagar. Entendimento jurisprudencial que limita o de-

creto de prisão ao não-pagamento das três últimas parcelas vencidas, ficando o restante para ser executado na forma do art. 732, CPC.

Está-se consolidando na jurisprudência o entendimento de que, tratando-se de dívida antiga, perde ela o seu caráter alimentar, assim consideradas somente as três últimas parcelas em atraso.

Assim, enquanto estas podem ser exigidas sob pena de prisão do devedor (art. 733, CPC), as outras devem ser cobradas executivamente (art. 732, CPC).

Ordem parcialmente concedida, para que a custódia se restrinja ao não-pagamento das três últimas mensalidades vencidas" (Recurso em *Habeas Corpus* nº 6.702-SP - Rel. Min. Anselmo Santiago).

Destarte, o condicionamento ao pagamento das seis últimas parcelas deve ser reduzido às três prestações mais recentemente vencidas, nada impedindo a determinação de nova prisão em caso de reiterado atraso das mensalidades que virão a vencer.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para que a condição para a prisão se limite ao inadimplemento das três últimas prestações vencidas.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - De acordo.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - De acordo.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM IMPETRADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

**CRIME FALIMENTAR - SOCIEDADE COMERCIAL - GERENTES - DIRETORES - ADMINISTRADORES - ATO CRIMINOSO - IRREGULARIDADE PRATICADA POR CONTADOR - SÓCIO OU DIRETOR RETIRANTE - RESPONSABILIDADE PENAL - DENÚNCIA - REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - PRESENÇA - INÉPCIA - INEXISTÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

**- Não há que se falar em inépcia da denúncia se a mesma, ancorada em inquérito policial em face de processo falimentar, descreve satisfatoriamente os fatos delituosos com todas as circunstâncias relevantes, precisa o envolvimento dos denunciados, indica a qualificação de todos e classifica corretamente os crimes, estando em consonância, portanto, com o disposto no art. 41 do CPP.**

**- Nos crimes societários, pela própria natureza da conduta criminosa, não se pode exigir que a denúncia discrimine os atos específicos de cada sócio.**





**- Tratando-se de crime falimentar, suporta a pena quem gerir a sociedade e em nome dela praticar atos criminosos, não sendo inepta a denúncia que é dirigida contra diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, pois são eles equiparados ao devedor ou falido para todos os efeitos da Lei Falimentar (art. 191 do Decreto-lei nº 7.661/45).**

**- Os sócios ou diretores retirantes de uma sociedade comercial, mesmo com a saída registrada na JUCEMG, respondem pelos atos da sociedade ainda nos dois anos seguintes à despedida ou retirada.**

**- Os falidos ou os diretores da sociedade falida não se escusam da responsabilidade pela alegação de que as irregularidades hajam sido praticadas pelo contador.**

**- Se a matéria requer análise mais profunda sobre a prova, não estando evidenciada, de pronto, a inexistência do delito, não é o *habeas corpus* o meio hábil para o trancamento da ação penal.**

*HABEAS CORPUS* Nº 157.301/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Câmara Especial 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 IMPETRADA.

Belo Horizonte, 15 de julho de 1999. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, a Dra. Marina Cardoso de Bastos.

*O Sr. Des. José Arthur* - Ouvi, com muita atenção, as palavras pronunciadas pela ilustre advogada.

Recebi, também, ontem à noite, o memorial, que repete, evidentemente, com outros argumentos, a impetração em favor deste condenado.

Meu voto é o seguinte:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Dra. Marina Cardoso de Bastos, dos auditórios da Capital, em favor de André Bellini dos Santos, que está sendo processado por infração dos artigos 186, inciso IV (2ª parte), e 188, incisos VII e VIII, ambos da Lei de Falências, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal, dado que a ação penal foi intentada sem justa causa e por denúncia inepta. Afirma a impetrante que o paciente não praticou os delitos que lhe são imputados porque já desligado da empresa e, ainda, por

ser engenheiro civil jamais "teve sob sua responsabilidade atribuições relativas aos procedimentos contábeis a ela afetos, pois não tinha habilitação para tal, e nem sequer tinha informações ou era cientificado sobre tais atividades".

Além disso, sustenta que a denúncia "não contém exposição razoável, não podendo prosperar, pois que dificulta a compreensão correta dos fatos relativamente a cada co-réu, impedindo o seu sagrado direito constitucional de ampla defesa" (fls. 02/05).

Com o pedido juntou vários documentos buscando comprovar a ilegitimidade passiva do paciente para figurar no rol dos denunciados.

Pretende, ao final, o trancamento da ação penal em relação ao paciente.

Requisitadas pelo Des. Gudesteu Biber, então Relator, as informações foram prestadas pela digna e operosa Juíza Márcia de Paoli Balbino, titular da 1ª Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte, acompanhadas dos documentos de fls. 268/273.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer do Dr. Renato Martins Jacob, opina pela denegação da ordem (fls. 276/280).

É o relatório do que interessa.

Como vimos, a impetração foi fundada em dois motivos: inépcia da denúncia e falta de justa causa para a propositura da ação penal.

No que tange ao primeiro motivo, a autoridade apontada coatora informa que a denúncia se ancorou no inquérito judicial, instaurado em face do processo falimentar relativo à CEESA - Construtora de Estradas e Estruturas S/A, e que foi processado na forma do Decreto-lei nº 7.661/1945, tendo, ao seu exame, "verificado que os fatos narrados na denúncia constituem crimes falimentares, em tese, de acordo com a lei de falências... e têm devida comprovação nesses autos e estão relacionados às pessoas dos denunciados... existindo, entendo, elementos suficientes à denúncia e seu recebimento" (fls. 273).

Na verdade, a peça vestibular descreve satisfatoriamente os fatos delituosos com todas as circunstâncias relevantes, precisa o envolvimento de todos os denunciados, indica a qualificação de todos e classifica corretamente os crimes, estando em consonância, portanto, com o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, como bem notado pela douta Procuradoria de Justiça.

Mas, ainda que assim não fosse, "pela própria natureza da conduta criminosa, como nos crimes societários, por exemplo, não se pode exigir que a denúncia discrimine os atos específicos de cada um", conforme lição de JÚLIO FABRINI MIRABETE, em *Processo Penal*, 4ª edição, p. 128.

No caso, a falida é a sociedade. A pena, suporta-a quem gerir a sociedade e em nome dela praticou o ato criminoso.

A denúncia é dirigida contra o





Diretor-Presidente e diretores da falida e não é inepta pelo simples fato de que, "na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido para todos os efeitos previstos nesta lei" (art. 191 da Lei de Falências).

Para JOSÉ DA SILVA PACHECO, "toda vez que na lei está escrito 'devedor' ou 'falido', em se tratando de sociedade falida, faz-se incidir a pena nos diretores e gerentes" (*in Processo de Falência e Concordata*, 6ª ed., p. 749).

No que diz respeito ao segundo motivo, isto é, falta de justa causa para a ação penal, seja porque o paciente já se havia desligado da empresa quando da quebra, seja porque, engenheiro civil, nunca teve sob sua responsabilidade atribuições relativas aos procedimentos contábeis da mesma, pois não tinha habilitação para tal, o argumento não procede, *data venia*.

A atenta Magistrada, justificando o recebimento da denúncia contra todos aqueles que exerceram cargo de diretoria na sociedade, salienta: "conforme legislação comercial, os sócios ou diretores retirantes de uma sociedade comercial, mesmo com a saída registrada na JUCEMG, respondem pelos atos da sociedade ainda nos dois anos seguintes após a despedida ou retirada. A falência da CEESA foi declarada por sentença datada de 07 de junho de 1995, com termo de quebra fixado em 11 de março de 1994 (data que antecede a saída do paciente daquela diretoria); sentença que foi confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça em 03 de abril de 1997 (período em que o processo ficou suspenso, por força de liminar concedida em MS impetrado pelos falidos na ocasião)" - fls. 266.

Lado outro, "se houve falta do contador pela escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa dos livros comerciais, dessa falta não se forra o falido, que é co-responsável. A culpa do guarda-livros não exime a responsabilidade final do comerciante" e, concluindo, ensina que "não se escusam o falido ou os diretores da sociedade falida da responsabilidade pela simples alegação de que as irregularidades hajam sido praticadas pelo contador" (JOSÉ DA SILVA PACHECO, ob. cit., p. 739).

Essas, e outras mais, são questões de análise probante que envolvem aprofundado exame da matéria de fato, e o *habeas corpus* não é o meio idôneo para o trancamento da ação penal, visto que, como procurei demonstrar, a inexistência dos delitos não se evidencia de pronto.

Pelo exposto, inobstante o brilho da impetração, a ordem fica denegada.

É como voto.

Participaram do julgamento os Desembargadores Luiz Carlos Biasutti e Herculano Rodrigues.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM IMPETRADA.

-:::-

**AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - REPRESENTAÇÃO - RETRATAÇÃO ANTERIOR À DENÚNCIA - FLUIÇÃO DO PRAZO DE DECADÊNCIA - RETRATAÇÃO DA RETRATAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE - AUSÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - *HABEAS CORPUS* - CONCESSÃO DA ORDEM**

**- A representação somente é irretratável depois de oferecida a denúncia.**

**- Se já fluiu o prazo de decadência, inadmissível é a retratação da retratação.**

**- Ante a falta de condição de procedibilidade, é de se conceder a ordem de *habeas corpus* para o fim de se determinar o trancamento da ação penal.**

*HABEAS CORPUS* Nº 158.744/3 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Ação penal pública condicionada - Representação - Retratação anterior à denúncia - Retratação da retratação depois de fluído o prazo de decadência - Ausência de condição de procedibilidade - Trancamento da ação penal. - A representação somente é irretratável depois de oferecida a denúncia. - Se já fluiu o prazo de decadência, inadmissível é a retratação da retratação. - Ordem concedida para o trancamento da ação penal.

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 CONCEDER A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 1999. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados Lélio Braga Calhau, Danilo Márcio Pimenta e Fabiano Caldeira Lima, bem como pelo estagiário Breno Ferreira Assis, em favor de Roneide Eulálio, visando ao trancamento de ação penal pública condicionada, ora em curso na Comarca de Governador Valadares, contra o paciente, à consideração de que falta condição de procedibilidade, visto que, antes de oferecida a denúncia, a representante legal da ofendida se retratou da representação, sendo que, quando se retratou da retratação, fluído já se achava o prazo de decadência.

Prestadas as informações de estilo, pela denegação 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.

A documentação trazida à colação confere suporte fático às alegações dos impetrantes.

O fato delituoso se deu em agosto de 1997, sendo o paciente denunciado em 11 de fevereiro de 1998, como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 224, *b*, ambos do Código Penal.

Formulada a representação pela representante legal da ofendida em 02 de outubro de 1997 (fls. 13/14), esta, em 20 de outubro de 1997, se retratou da aludida representação (fls. 50/50-v.), antes, pois, do oferecimento da denúncia.

Ora, cediço é que a representação somente é irretratável depois de oferecida a denúncia (CP, art. 102).

É certo que, ouvida em Juízo, isso em data de 26 de abril de 1999, a representante legal da ofendida se retratou da retratação (fls. 33 e 54/56).

Preleciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE ser admissível a revogação da retratação, ou seja, a retratação da retratação, mas, somente "se ainda não fluiu o prazo de decadência" (*in Manual de Direito Penal*, Atlas, 1991, v. 1, p. 352).

Como se sabe, o prazo decadencial é de seis meses, contado do dia em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime (CP, art. 103).

*In casu*, fluído já se achava esse prazo, quando houve a retratação da retratação, não tendo essa validade jurídica alguma.

Manifesta, pois, é a falta de condição de procedibilidade, pelo que, corporificado o constrangimento ilegal, pedindo vênia à douta Procuradoria de Justiça, concedo a ordem impetrada, para o fim de determinar o trancamento da ação penal em curso contra o paciente.

Comunique-se.

Custas, *nihil*.

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - De acordo.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - De acordo.

*Súmula* - CONCEDERAM A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.

-:::-

**TÓXICO - TRÁFICO - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - LEI Nº 8.072/90 - CONSTITUCIONALIDADE - *HABEAS CORPUS* - MATERIAL COGNITIVO - EXAME APROFUNDADO - INADMISSIBILIDADE - PROCESSO - ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO - PRAZO - FORMAÇÃO DA CULPA - EXCESSO DE PRAZO - INOCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA**

**- O crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é insuscetível de liberdade provisória, vedação essa prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, que não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual visa, tão-somente, assegurar ao réu o direito de não ter o seu nome lançado no rol dos culpados, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória.**

**- No angusto âmbito do *habeas corpus*, não se admite o exame aprofundado do material cognitivo.**

**- A teor da Resolução nº 17/80, da Corte Superior do TJMG, com a alteração da Lei nº 8.072/90 (art. 10), bem como da Súmula nº 05, da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG, nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas, o prazo para encerramento da instrução criminal é de noventa dias, acrescido de mais quarenta e quatro dias, se houver necessidade de exame toxicológico. Se o paciente está sob custódia aquém desse lapso temporal, não há que se falar em excesso de prazo na formação da culpa, inexistindo constrangimento ilegal sanável pela via do *writ*.**

*HABEAS CORPUS* Nº 158.806/0 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Tráfico ilícito de drogas - Prisão em flagrante - Liberdade provisória - Inadmissibilidade - Constitucionalidade da Lei nº 8.072/90 - Exame aprofundado de material cognitivo - Inadmissibilidade - Excesso de prazo para encerramento da instrução criminal nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas. - O crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é insuscetível de liberdade provisória, vedação essa prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, que não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual visa, tão-somente, assegurar ao réu o direito de não ter o seu nome lançado no rol dos culpados, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. - No angusto âmbito do *habeas corpus*, não se admite o exame aprofundado do material cognitivo. - "Nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas, o prazo para encerramento da instrução criminal é de noventa dias, acrescido de mais quarenta e quatro dias, se houver necessidade de exame toxicológico (Resolução nº 17/80, da Corte Superior, com a alteração da Lei nº 8.072/90 - art. 10)" (Súmula nº 05, da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG). - 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, 10 de agosto de 1999. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados Jorge Eustáquio Martins e Eugênio Pereira Lima, em favor de Jackson de Oliveira Santos, preso em flagrante delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, em 29 de maio do corrente ano.

Alegam os impetrantes que, "aviado o pedido de liberdade provisória, protocolizado sob o nº 024.99.061.407/5 em data de 09 de junho p.p., até a presente data *nada se decidiu* a respeito do deferimento ou não do petitório, e, sem qualquer amparo legal, vem sendo o mesmo (paciente) tolhido de sua liberdade, em total afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, que trata sobre o princípio da presunção de inocência, e, ainda, em face da inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90".

Alegam, mais, que nada justifica o enquadramento do paciente no art. 12 da Lei nº 6.368/76 e que, ademais, comprovado se acha o excesso de prazo na formação da culpa, a corporificar um constrangimento ilegal sanável pela via do *writ*.

Indeferiu-se liminar.

A indigitada autoridade coatora informou que, juntamente com terceiros, preso em flagrante delito em 29/05/99, foi o paciente denunciado como incurso nas sanções do art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei nº 6.368/76, estando o processo em fase de instrução. Esclareceu, ainda, que o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente foi indeferido, "posto que a pretensão esbarra na vedação contida na Lei nº 8.072/90, art. 2º, *II*".

Pela denegação 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.

O pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente foi incensuravelmente indeferido pelo MM. Juiz monocrático, vez que, a teor do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é insuscetível de liberdade provisória, vedação essa que, consoante entendimento jurisprudencial predominante, não afronta o princípio da presunção de inocência, que visa, tão-somente, assegurar ao réu o direito de não ter o seu nome lançado no rol dos culpados, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória.

*Data venia*, não há que se acoimar de inconstitucional a Lei nº 8.072/90.

Quanto à alegação de que nada há que justifique o enquadramento do paciente no art. 12, c/c o art. 18, III, da

Lei Antitóxicos, é de se lembrar que, no angusto âmbito do *habeas corpus*, não se admite aprofundado exame do material cognitivo.

Por último, não há falar-se em excesso de prazo na formação da culpa, vez que o paciente se encontra sob custódia *ad cautelam* há, apenas, 73 dias, quando se sabe que, a teor da Resolução nº 17/80, da colenda Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com a alteração da Lei nº 8.072/90, nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas, o prazo para encerramento da instrução criminal é de 90 dias, prazo esse que se acresce de mais 44 dias, havendo necessidade de exame de dependência (Súmula nº 05, da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG).

Destarte, inexiste constrangimento ilegal sanável pela via do *writ*, pelo que denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil*.

O *Sr. Des. Sérgio Resende* - De acordo.

O *Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - De acordo.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

**FLAGRANTE - PRISÃO - ILEGALIDADE - INOCORRÊNCIA - RELAXAMENTO - INADMISSIBILIDADE - CRIME HEDIONDO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INSUSCETIBILIDADE - ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 - INTELIGÊNCIA - *HABEAS CORPUS* - EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE**

**- Se a Polícia parte em perseguição do agente, tão logo toma conhecimento do delito, e, ao encontrá-lo, dá-lhe voz de prisão, fica caracterizado o flagrante, pouco importando o fato de os policiais haverem demorado algumas horas, após o crime, para efetuar aquela prisão, não havendo que se falar em sua ilegalidade, sendo inadmissível o seu relaxamento.**

**- O crime hediondo, de acordo com o art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90, é insuscetível de liberdade provisória, a teor do art. 2º da referida lei, sendo irrelevante a condição do agente de ser primário, possuir bons antecedentes e ter residência e emprego fixos.**

**- O caráter sumariíssimo do *habeas corpus* não permite que nele se proceda a ponderação de fatores subjetivos para se concluir, de antemão, pela inexistência da autoria, pois a questão exige análise aprofundada das provas, a qual foge do âmbito estreito deste remédio heróico.**





*HABEAS CORPUS* Nº 159.490/2 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Ilegalidade da prisão em flagrante - Inocorrência, se a Polícia partiu em perseguição do agente tão logo tomou conhecimento do delito - Relaxamento da prisão - Impossibilidade. - Tratando-se de crime hediondo, de acordo com o art. 1º, inc. VI, da Lei nº 8.072/90, é insuscetível de liberdade provisória, a teor do art. 2º da referida lei.

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 DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1999. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Odilon Ferreira* - O advogado Roque Nonato dos Santos, inscrito na OAB/MG sob o nº 78.927, impetra, via fax, a presente ordem de *habeas corpus*, em favor de Jair de Paula Carvalho, que se encontra recolhido na cadeia pública da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, por ter sido preso em flagrante delito, acusado da prática do delito tipificado no art. 214 do Código Penal.

Sustenta o impetrante ser ilegal a prisão do paciente, uma vez que o delito no qual se viu incurso teria ocorrido às 8 horas da manhã, sendo que só foi preso por volta das 18 horas, o que descaracteriza o estado de flagrância.

Sustenta, outrossim, que está ele sendo acusado de um crime referente a fatos narrados que deixavam muito a desejar até a data da impetração e que, ademais, é primário, não registra antecedentes criminais, tem residência fixa, emprego certo, não oferece nenhum perigo à sociedade, não havendo razão para sua manutenção no cárcere, pelo que requer seja imediatamente colocado em liberdade.

Solicitadas as informações de estilo, pelo então Relator do feito, Des. José Arthur, componente da Câmara Especial de Férias de julho de 1999, prestou-as a apontada autoridade coatora, esclarecendo que o paciente foi preso no dia 14 de junho do corrente ano, por volta das 14 horas, após ter sido acionada a viatura da PM, com informações de que o mesmo teria entrado na casa da vítima, de cuja mãe ele já havia sido amásio, e praticado com ela atos diversos da conjunção carnal. Que foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214 do Código Penal, com a observância do disposto na Lei de Crimes Hediondos, encontrando-se o processo na fase de instrução, com audiência das testemunhas de acusação designada para o dia 23/08/99, às 13 horas.

Junto às informações, foram anexadas algumas cópias do processo (fls. 08/14).

Em parecer de fls. 17/19, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

Desativada a Câmara Especial, pelo término das férias forenses de julho, houve redistribuição do feito, cabendo-me substituir o colega acima nomeado.

É o relatório.

Pretende o impetrante inicialmente o relaxamento da prisão do paciente, alegando ilegalidade do flagrante, pela inocorrência do estado de flagrância, já que o mesmo só foi preso horas após a prática da infração.

Contudo, razão não lhe assiste.

Depreende-se das provas inseridas nestes autos que o paciente praticou o crime de atentado violento ao pudor contra a menor T.C., de 15 anos de idade, por volta das 8 horas do dia 14 de junho deste ano, no interior da residência da mesma, sendo que, por volta das 14 horas, imediatamente após tomar conhecimento do delito de que teria sido vítima a sua filha, a mãe da menor procurou as autoridades competentes, relatou sua história e pediu providências. Acionada a Polícia, iniciou-se a perseguição, na tentativa de localizar o acusado, o qual foi encontrado pouco tempo depois de iniciado o rastreamento, na residência de sua mãe, onde lhe foi dada voz de prisão em flagrante delito e encaminhado à presença da Autoridade Policial.

Ora, o fato de a Polícia haver demorado algumas horas, após o crime, para efetuar a prisão do paciente, não desfigura o flagrante, eis que aquela partiu em sua perseguição tão logo tomou conhecimento do delito.

A propósito, quando da lavratura do *apf*, aos 14 dias do mês de junho, assim relatou o condutor do mesmo, José Antônio Cruz Bastos:

"Que em data de hoje por volta das 14:00 horas, foi solicitado a comparecer na Av. Frederico de Paula Cunha onde foi informado do seguinte fato: que por volta das 08:00 horas da manhã desta data, a mãe da vítima, Sra. Lourdes do Carmo, relatou que saiu para trabalhar e deixou sua filha menor T. em casa e que o seu ex-amásio Jair de Paula, adentrou em sua residência e passou a acariciar a vítima chegando mesmo a sugar-lhe os seios e fazendo-lhe carícias por todo o corpo, apavorada a menor T. saiu correndo para a casa de sua tia Luíza do Carmo que reside no bairro Anchieta, relatando-lhe todo o ocorrido, como a mãe da menor só retornaria por volta das 14:00 horas, só esta hora é que foi feita a denúncia, e que esta guarnição iniciou o rastreamento, antes encaminhando a vítima ao hospital local, comunicando o fato à Autoridade Policial, e após alguns contatos descobrimos que a mãe do conduzido presente, reside no bairro Esmeril; que deslocamos até o local, onde o conduzido foi localizado e foi-lhe dada voz de prisão em flagrante delito e, encaminhado à presença da Autoridade Policial" (*sic*).

Denota a espécie uma quase flagrância, em que o indivíduo, logo após a prática da infração penal, é perseguido ininterruptamente pela autoridade policial, e pode essa perseguição durar não algumas horas, como no caso, mas o tempo necessário. Como assevera FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "se a perseguição iniciar-se imediatamente após a infração, pouco importa que a prisão se realize dentro de cinco ou vinte horas" (*Processo Penal*, v. 04, p. 388).

Não se verifica pois, na hipótese, a existência de elementos que indiquem a imposição da desconstituição do flagrante e nem há falar em ocorrência de nulidade, porque lavrado o auto corretamente e com todas as formalidades legais.

Por outro lado, não há que se cogitar na hipótese de liberdade provisória, como pretendido pelo impetrante.

É que, conforme dos autos consta, o paciente responde a crime considerado hediondo, de acordo com o art. 1°, inc. VI, da Lei n° 8.072/90 e, a teor do art. 2°, inc. II, desta lei, tal crime é insuscetível de liberdade provisória, pouco importante sua condição de primário, possuidor de bons antecedentes, com residência e emprego fixos.

Assim, considerando que o mesmo foi preso em flagrante, acusado da prática de atentado violento ao pudor, em face das citadas disposições legais, não há como conceder ao mesmo o benefício da liberdade provisória.

A propósito, a orientação dos nossos pretórios é no sentido de que os delitos referidos na Lei Federal n° 8.072/90 são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, ou seja, havendo prisão em flagrante, deve o agente permanecer preso durante o processo (art. 2°, II). Neste sentido, *RJTJSP*, 141/425.

O argumento muitas vezes utilizado, no sentido de serem inconstitucionais os arts. 1° e 2° da Lei n° 8.072/90, em razão de dispor o art. 5°, LVII, da Magna Carta que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória", já se encontra há muito superado.

A propósito, já decidiu o STF que: "A prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*) - não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui instrumento destinado a atuar 'em benefício da atividade desenvolvida no processo penal' (BASILEU GARCIA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III/7, item I, Forense, 1945). Por isso mesmo a prisão cautelar - não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado - revela-se compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei" (STF - *HC* - Rel. Celso de Mello - *RTJE*, 82/279).

Quanto à questão relativa a ter ou não o paciente praticado o delito, não pode ser conhecida na via estreita do remédio heróico, porque exige análise aprofundada de prova. E o caráter sumariíssimo do *habeas corpus* não permite que nele se proceda a ponderação de fatores subjetivos para se concluir, de antemão, pela inexistência da autoria, pois o exame aprofundado dos elementos probatórios constitui matéria pré-excluída do âmbito deste remédio jurídico-processual.

A propósito, decidiu o STJ que "o *habeas corpus* não se presta à apreciação ou análise de matéria que implica exame aprofundado de prova, ou razões de ordem subjetiva que conduzam o juiz do processo a decidir neste ou naquele sentido, salvo quando constitui tal decisão ilegalidade manifesta" (*RSTJ*, 51/355).

Com tais considerações e, no mais, acolhendo parecer ministerial, denego a ordem buscada.

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - De acordo.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - De acordo.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

**FLAGRANTE - CRIME HEDIONDO - ART. 302, I, II, III E IV, DO CPP - INOCORRÊNCIA - PRISÃO ILEGAL - *HABEAS CORPUS* - CONCESSÃO - CO-RÉU - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - LEGALIDADE - EXTENSÃO DO ALVARÁ DE SOLTURA - IMPOSSIBILIDADE**

**- No angusto âmbito do *habeas corpus* não é cabível adentrar no mérito da prova.**

**- Reveste-se de ilegalidade a prisão em flagrante, quando ausentes as hipóteses dos quatro incisos do art. 302 do CPP, devendo ser concedida a ordem de *habeas corpus*, ainda que denunciado o paciente pela prática de crime que, por sua hediondez, não enseja a concessão de liberdade provisória.**

**- O alvará de soltura não se estende ao co-réu, se, em relação a ele, o auto de prisão em flagrante não se reveste de ilegalidade.**

*HABEAS CORPUS* Nº 159.541/2 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processo penal - *Habeas corpus* - Busca e apreensão domiciliar direcionada apenas ao co-réu - Concessão da ordem por ilegalidade parcial do *apf* - Se, em relação ao paciente, não se fazem presentes as hipóteses dos quatro incisos do artigo 302 do CPP, concede-se-lhe a ordem por ilegalidade de sua prisão. Alvará de soltura, sem extensão ao co-réu, a cujo respeito o *apf* não se reveste de ilegalidade aparente, apoiando-se, no mínimo, no inciso IV do mencionado artigo.





ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 1999. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Roney Oliveira* - Trata-se de *HC* impetrado em favor do paciente Walder Barbosa, preso e autuado em flagrante delito em 7 de julho último, no Município-sede da Comarca de Cataguases, por suposto tráfico de entorpecentes, que lhe rendeu a denúncia por infração do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, em que figura, como co-réu, um seu irmão, de nome José Reis Barbosa, também preso e autuado na mesma ocasião e no interior da residência comum.

A Autoridade Judiciária, apontada coatora, na decisão transcrita à fl. 99, indeferiu o pedido de relaxamento prisional, tendo o Desembargador plantonista também indeferido a liminar (fls. 102).

Presta o coator as informações de fls. 104, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

*É o relatório.*

Não há falar, por ora, em excesso de prazo na formação da culpa.

O *apf* não apresenta defeitos extrínsecos.

A denúncia, pela prática do hediondo crime, já foi ofertada e recebida, tendo a Autoridade Judiciária, apontada coatora, designado a audiência de instrução e julgamento para 20 de setembro, segundo certidão cartorária acostada aos autos com o memorial do paciente.

Segundo a mesma certidão, os interrogatórios do paciente e do co-réu foram realizados em 27 de julho, quase dois meses antes da já designada, mas ainda não realizada, *aij.*

Não nos cabe, em sítio de remédio heróico e peregrino, adentrar no mérito da prova.

O culto advogado impetrante salienta, no entanto, alguns pormenores que nos permitem questionar a validade do auto de prisão em flagrante em relação ao paciente, que residia com o irmão José Reis Barbosa, mas que estava dormindo quando da busca e apreensão domiciliar, levada a efeito pela Polícia, na residência comum, às 8 horas da manhã.

O que motivou aquela busca e

apreensão foi a comunicação de serviço de fls. 34, em que se noticia uma ligação anônima, dizendo que "na Rua Noêmia Sobral de Souza nº 64, Bairro Ibraim Mendonça, nesta cidade, existe uma pessoa de nome José Reis, vulgo 'Zé Reis', que está vendendo drogas em sua residência".

No respectivo mandado de busca e apreensão (fls. 26), firmado pela Autoridade Judiciária, os agentes foram autorizados a adentrar na residência "de José Reis", sem qualquer referência ao fato de que também morasse lá o técnico em eletrônica Walder Barbosa, ora paciente.

Os três bilhetes manuscritos (fls. 42/45), encomendando cocaína ("pó branco") ou "pó preto", não foram dirigidos ao paciente, mas a seu irmão José Reis Barbosa.

Tais pormenores indicam que, até então, somente ele era suspeito da traficância, mas não é o momento adequado de se questionar se, munidos de um único mandado, em que somente o nome do co-réu era mencionado, seria possível ingressar na casa comum, em que foram presos, não apenas o destinatário direto do mandado, mas, também, o co-réu e irmão, ora paciente.

Não empresto a tal pormenor a importância que lhe atribui o advogado impetrante, porquanto não se costuma mencionar, em mandados análogos, os nomes de todos os familiares do proprietário da casa em cujo interior se fará a busca e apreensão.

Se o paciente Walder Barbosa e o irmão José dos Reis Barbosa mercadejavam, em co-autoria, "pó branco" ou "pó preto", somente a prova do processo-crime respectivo poderá dizê-lo, sendo aquele palco o mais adequado à aferição das torturas policiais de que se diz vítima o paciente, submetido a exame médico, cujo relatório, afirmativo quanto à existência de ferimentos múltiplos na pessoa do preso, encontra-se à fl. 88.

Prefiro examinar a questão, no que pertine ao paciente, sob a exclusiva ótica do artigo 302 do CPP, concluindo, sem grande esforço, que, no que lhe diz respeito, ilegal foi a lavratura do flagrante, porquanto, surpreendido enquanto dormia, não estava ele "cometendo a infração penal" (inc. I), "não acabara de cometê-la" (inc. II), nem fora "perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração" (inc. III).

Como se isso não bastasse, não foi o paciente "encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração" (inc. IV).

Na realidade, a cocaína apreendida e os petrechos para sua comercialização sequer estavam no interior da residência comum, mas em sua parte externa, no muro divisório daquele imóvel com o vizinho.

Em assim sendo, reveste-se de ilegalidade a prisão em flagrante do paciente, que preso não pode continuar, ainda que denunciado pela prática de crime que, por sua hediondez, não enseja a concessão de liberdade provisória.

Pelo exposto, e sem ferir o mérito probatório, concedo a ordem, relaxando, por ilegal, a prisão do paciente Walder Barbosa, em cujo favor será expedido alvará de soltura, salvo condenação e sem prejuízo do normal andamento do processo-crime a que responde.

Deixo de estender os efeitos da ordem ao co-réu, porquanto, a seu respeito, ilegalidade não existe no auto prisional, respaldado, no mínimo, pelo disposto no inciso IV do artigo 302 do Digesto Processual.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e José Arthur.

*Súmula* - CONCEDERAM A ORDEM. ALVARÁ DE SOLTURA.

-:::-

**PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR - RÉU CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS - CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE**

**- Para a concessão da prisão albergue domiciliar, exige-se que o condenado esteja cumprindo sua pena em regime aberto e se enquadre em uma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execuções Penais.**

**- À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei nº 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de drogas e, de resto, todos os crimes considerados hediondos, eis que a Lei nº 8.072/90, também de cunho especial, impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.**

*HABEAS CORPUS* Nº 162.512/8 - Comarca de Pirapora - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão albergue domiciliar - Réu condenado por tráfico de drogas e cumprindo pena no regime integralmente fechado - Súmula nº 28 da jurisprudência predominante nesta Câmara - Impossibilidade - Penas alternativas - Lei nº 9.714/98 - Impossibilidade. - À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei nº 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes e, de resto, todos os crimes considerados hediondos, eis que a Lei nº 8.072/90, também de cunho especial,

impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. - 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, 28 de setembro de 1999. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - O Dr. Herman Eustáquio da Conceição Teixeira, ilustre e culto advogado inscrito na OAB/MG sob o nº 28.616, impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Eduardo Otávio de Barros, já qualificado, visando à concessão do regime albergue-domiciliar, ou à concessão dos favores da Lei nº 9.714/98, que trata das penas alternativas. Alega o impetrante que o paciente foi condenado à pena de quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por tráfico de drogas (art. 12, Lei nº 6.368/76), mas seu estado de saúde é precário por ser portador de *diabetes mellitus*, do tipo II, doença crônica e irreversível, que exige tratamento contínuo, sob pena de evoluir para complicações renais, cardíacas, visuais e morte. Assevera que peticionou no juízo da execução pedindo os mesmos obséquios aqui deduzidos, mas teve sua pretensão indeferida. Pede a concessão de liminar e, a final, da ordem impetrada, para que o paciente possa gozar do regime albergue domiciliar, nos termos do artigo 117 da LEP, ou, na pior das hipóteses, ver transformada sua pena em uma das modalidades alternativas previstas na Lei nº 9.714/98.

O pedido de liminar foi indeferido.

Nas informações que presta, confirma o MM. Juiz que o paciente realmente foi condenado à pena de quatro anos de reclusão, no regime integralmente fechado, por tráfico de drogas, estando cumprindo sua pena na cadeia local. Confirma ter indeferido pedido de prisão domiciliar e de aplicação de pena alternativa, remetendo xerocópia das principais peças do processo.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

*Preliminarmente:*

O *habeas corpus* não é meio idôneo para decidir sobre regime de cumprimento de pena, muito menos sobre concessão de pena alternativa, em face da necessidade da verificação de condições subjetivas do condenado.

Tal entendimento, aliás, é sufragado por reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF - *HC* nº 68.251/1-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 03/12/90, p. 14.640, *RT*, 665/368; *HC* nº 65.735/4-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 06/05/88, p. 10.628; *HC* nº 66.253/6-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 02/12/88, p. 31.897; *HC* nº 66.141/6-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 17/06/88, p. 15.253; *HC* nº 69.382/2-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 18/09/92, p. 15.409; STJ - *HC* nº 113-RJ, Rel. Min. Costa Leite, *DJU* de 13/11/89, p. 17.027; R*HC* nº 780-SP, Rel. Min. William Patterson, *DJU* de 01/10/90, p. 10.457; *HC* nº 497-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 03/12/90, p. 14.328; *HC* nº 7.651-SP, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 30/08/99, p. 75; *HC* nº 8.498-MS, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 09/08/99, p. 174; etc.).

Em se tratando de incidente de execução, é sempre conveniente que as partes, não resignadas com qualquer decisão monocrática, interponham o recurso específico previsto no artigo 197 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), onde o processo não sofre limitações e onde se obedece o princípio do contraditório e da ampla defesa, sem suprimir um grau de jurisdição.

No caso concreto, como a discussão versa apenas matéria de direito, nada impede seja decidida desde logo na via estreita do *mandamus*.

*Mérito:*

O colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu, através de seu Pleno, que a prisão albergue domiciliar só pode ser deferida nas estritas hipóteses do artigo 117 da Lei nº 7.210/84 (*HC* nº 68.536/6-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 24/05/91, p. 6.772; *HC* nº 68.012/7-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 02/10/92, p. 16.844; *HC* nº 69.689/9-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 16/10/92, p. 18.043/44; *HC* nº 72.079/0-RS, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* de 06/10/95, p. 33.130; etc.).

É certo que o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que onde não houvesse Casa de Albergado poderia o condenado em regime prisional aberto gozar do direito à prisão domiciliar (R*HC* nº 682-RJ, *DJU* de 22/10/90, p. 11.673; R*HC* nº 903-DF, *DJU* de 18/02/91, p. 1.044; REsp. nº 6.855-SP, *DJU* de 18/02/91, p. 1.044; REsp. nº 736-SP, *DJU* de 20/11/89, p. 17.300; etc.).

Até mesmo o Pretório Excelso assim decidiu por uma de suas colendas Turmas (*HC* nº 67.865/3-SP, *DJU* de 25/05/90, p. 4.605/606; *HC* nº 67.767/3-SP, *DJU* de 04/05/90, p. 3.695; *HC* nº 67.663/4-SP, *DJU* de 09/05/90, p. 1.608; etc.).

Posteriormente, a questão foi levada ao crivo do Pleno, solidificando-se o entendimento de que a prisão albergue domiciliar só é cabível nos estritos casos do artigo 117 da LEP.

Também esta Câmara tem decidido reiteradamente que não há possibilidade de se deferir o regime aberto senão nas hipóteses do artigo 117 da

LEP, e tantas foram as decisões que a matéria acabou cristalizada na Súmula nº 28 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal deste Tribunal: "*O regime albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da LEP*".

Exige-se, pois, para a concessão do benefício, que o condenado esteja cumprindo sua pena no regime aberto e se enquadre em uma das hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execuções Penais.

Não é esse o caso dos autos e não me atrevo a abrir o precedente para beneficiar o paciente, por correr o risco de ter de decidir de maneira idêntica para outros em sua situação de enfermidade. Ademais, forçoso concluir que o diabetes não é doença assim tão grave, desde que controlada com aplicação de insulina e o paciente se submeta a dietas e exercícios recomendados. Isso, na prática, tanto pode ser feito na cadeia como fora dela...

Também não vejo como deferir o pedido de imposição de pena alternativa, especialmente para o condenado por tráfico de drogas. É bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu em sentido contrário, como se pode ver do julgamento do *HC* nº 8.753-RJ, de que foi Relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (*DJU* de 17/05/99, p. 244).

Nesta Câmara, entretanto, prevalece entendimento oposto, que pode ser resumido na ementa da decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Penal. Condenação no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei nº 9.714/98. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade. - À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei nº 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e, de resto, todos os considerados hediondos, eis que a Lei nº 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90). Inteligência da Súmula nº 171-STJ. Ordem denegada". (*HC* nº 9.271-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 19/09/99, p. 79.)

No mesmo sentido, *HC* nº 8.620-PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no *DJU* de 16/08/99, p. 80.

É evidente que, se o estado de saúde do paciente piorar para situação verdadeiramente crítica e ele correr perigo de vida (confirmado por médico da confiança do juízo), novo pedido poderá ser feito. Neste caso, mais do que uma decisão estritamente técnica e jurídica, decidir-se-á com base na elementar caridade cristã. Não é esse o caso dos autos, pelo menos por agora...

Assim, e adotando o lúcido parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Custas, na forma da lei.





*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Sou também pela denegação da ordem, mas, no que tange à aplicabilidade das inovações introduzidas pela Lei nº 9.714/98, faço-o sob outros fundamentos, eis que não vejo qualquer óbice a sua aplicação aos condenados por delitos tidos como hediondos ou os a eles equiparados, como *in casu*.

É que, a nosso modesto aviso, o *habeas corpus* é meio inidôneo para análise da possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito.

Deve o condenado buscar, através da via adequada, a satisfação do direito de que se julga merecedor. Inconformado com qualquer decisão relativa à execução da sentença, poderá interpor o recurso específico, previsto no art. 197 da LEP, onde é possível a discussão aprofundada da matéria e da prova, com obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Análise desta natureza não tem lugar no estreito limite do *habeas corpus*, como se pretende.

Vale lembrar que, além das questões objetivas, previstas nos incisos I e II do art. 44 do CP, seu inciso III traz outras tantas, de natureza subjetiva. Não basta a satisfação apenas dos primeiros requisitos, impondo-se a apuração simultânea dos demais, de natureza subjetiva, através de análise de provas nos autos da execução, inviabilizando, deste modo, sua apreciação via *habeas corpus*.

Com estas singelas considerações, também denego a ordem.

Custas, *ex lege*.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

**PREFEITO - APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (INCISO I DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67) - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 386, VI, DO CPP - AUDITORIA PARTICULAR - IMPOSSIBILIDADE - CONTRATAÇÕES IRREGULARES - INOBSERVÂNCIA DA LEI (INCISO XIII DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67) - CONDENAÇÃO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO**

**- A auditoria realizada por determinação do sucessor do réu, seu declarado inimigo político, e por firma particular compromete o seu valor como prova, sabendo-se que no processo penal não existe a figura da perícia particular, não servindo para sustentar a acusação de desvio de rendas públicas, mister quando aquela é invalidada por laudo oficial que reconhece a regularidade dos valores reembolsados.**

**- Não existindo elementos idôneos que comprovem a acusação de desvio de rendas públicas por parte do réu e em seu próprio benefício, há de se impor a absolvição, nos termos do art. 386, VI, do CPP.**

**- A contratação de diversos servidores em desacordo com o que determina a lei, sem concurso público, durante todo o mandato, sem justificação do motivo de força maior, implica a infração do disposto no inc. XIII do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, devendo o réu ser condenado, observando-se na dosimetria da pena a sua primariedade, seus antecedentes e as circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do CP, levando-se em conta, ainda, o art. 71 do CP.**

**- Nos processos de competência originária, não cabendo recurso ordinário das decisões finais neles proferidas e, sim, eventualmente, apenas os recursos especial e extraordinário, de admissibilidade extremamente restrita e sem efeito suspensivo, nada impede que o reconhecimento da prescrição se faça de imediato. Assim sendo, transcorrido prazo legal autorizatório da declaração de extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva, cancelando todos os efeitos da condenação, deve ser a mesma declarada de ofício.**

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 27.033/0 - Comarca de Mariana - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA, E, DE OFÍCIO, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

Belo Horizonte, 18 de maio de 1999. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes, pelo Ministério Público, o Dr. Renato Martins Jacob, que ratificou os termos da denúncia, e pelo denunciado, o Dr. Haylson de Souza Pinel, que proferiu sustentação oral.

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - Sr. Presidente. Prestei, como sempre faço, atenção à sustentação oral, produzida da tribuna pelo ilustre advogado, Dr. Haylson de Souza Pinel, defensor do denunciado, e, com referência aos pontos por S. Exa. dinamizados, tenho voto escrito, que acredito responda a todos eles.

Meu voto é o seguinte:

A Procuradoria-Geral de Justiça denunciou Cássio Brigolini Neme, ex-Prefeito Municipal de Mariana, dando-o como incurso nas sanções do art. 1º, incs. I e XIII, do Dec.-lei nº 201/67 e sob a acusação de que teria o mesmo, no período de sua administração, compreendido entre 01/01/89 e 31/12/92, contratado funcionários para a Prefeitura Municipal em desacordo com o que determina a lei e, ainda, por haver-se apropriado de dinheiro do tesouro municipal, fazendo-o mediante reembolso fraudulento de despesas de viagem.

Regularmente notificado, apresentou o denunciado, no prazo, a resposta escrita, sustentando, em preliminar, a inépcia da inicial e, no mérito, pleiteando a sua rejeição.

Recebida a denúncia, interrogado o réu e ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, admitiu-se o Município de Mariana como assistente da acusação, o que foi negado à Câmara Municipal.

Na fase oportuna, requereu a defesa diligências, que foram deferidas e realizadas e das quais resultou o laudo pericial de fls. 330/333.

Em alegações finais, o Ministério Público e o assistente pediram a procedência da denúncia, considerando plenamente provados os fatos nela articulados.

A defesa, por seu turno, pediu a absolvição do acusado, alegando, quanto ao delito do inc. XIII do Dec.-lei nº 201/67, ausência de dolo e que as contratações foram autorizadas por lei municipal. No que se refere ao crime do inc. I, sustenta que o mesmo não se configurou, estando isso demonstrado através do laudo pericial de fls. 330/333.

É o relatório resumido.

Examino em primeiro lugar a acusação de apropriação de verbas públicas.

Para sustentar esta acusação, louvou-se o Ministério Público em uma auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Mariana, que chegou à conclusão de que o acusado, para se ressarcir do valor descontado em seus subsídios a título de retenção de imposto de renda, efetuou vários reembolsos fraudulentos de despesas de viagem (*vide* anexos 02 e 04).

Acontece que a referida auditoria foi realizada por determinação do sucessor do réu, seu declarado inimigo político, e por firma particular, o que compromete o seu valor como prova, sabendo-se que no processo penal não existe a figura da perícia particular.

Além disso, e o que é mais importante, a conclusão a que chegou essa auditoria, neste particular, foi invalidada pelo laudo de fls. 330/333 - este, sim, oficial -, de onde se vê que o procedimento do acusado, no que diz respeito ao reembolso de viagens, foi regular, obedecendo a súmula da egrégia Corte de Contas de nosso Estado, e que não existe nenhum parâmetro técnico para afirmar que os valores do reembolso eram para repor o desconto

efetuado em seus subsídios a título de imposto de renda.

Portanto, não existem elementos idôneos que comprovem a acusação de desvio de rendas públicas por parte do réu e em seu próprio benefício.

Para mim, no entanto, não se pode dizer o mesmo em relação à outra acusação, que se refere à contratação de diversos servidores em desacordo com o que determina a lei.

Segundo se observa da relação constante às fls. 11/15 do anexo 01, ao longo da gestão do acusado, mais de duzentos servidores foram contratados sem concurso público.

O argumento de que as referidas contratações obedeceram à Lei Municipal nº 837, de maio de 1989, que instituiu plano de carreira para os servidores do Município, não é procedente, *data venia.*

Embora o referido diploma, no § 1º de seu art. 8º, autorize a admissão mediante contrato de servidores para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da CF vigente, não ficou demonstrado no caso, por parte do acusado, o motivo de força maior. Não há nos autos nenhuma prova de que as contratações realizadas visassem, por exemplo, a combater surtos epidêmicos, fazer recenseamento, atender a situações de calamidade pública, substituir professores ou admitir professor visitante, permitir a execução de serviço por profissional de notória especialização, ou mesmo atender qualquer outra situação de urgência/emergência definida em lei.

Por outro lado, não se tratava de uma ou duas contratações, mas de mais de duzentas, número que justificava plenamente a realização de um concurso público.

O argumento de que a exigüidade de tempo não permitia a realização de concurso não tem como ser aceito, pois as contratações, conforme se pode ver da relação de fls. 11/15 do apenso 01, se deram ao longo do mandato do acusado. Fosse procedente a referida justificativa, as contratações se verificariam somente no início do mandato, e não durante todo o seu curso.

Não resta dúvida, portanto, de que o acusado realmente infringiu o disposto no inc. XIII do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67.

Diante do que ficou dito, outra coisa não nos resta senão acolher em parte a denúncia, para condenar o réu como incurso no art. 1º, inc. XIII, do Dec.-lei nº 201/67, ficando o mesmo, com base no art. 386, VI, do CPP, absolvido da outra imputação.

Como é primário e não consta dos autos que seja portador de maus antecedentes e, mais, levando-se em conta não ter ele a seu desfavor nenhuma das circunstâncias do art. 59 do CP, fixo-lhe a pena-base em 03 meses de detenção, que aumento em dois meses, ou seja, 2/3, por força da continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 05 meses de detenção, em regime aberto, ficando esclarecido que o aumento decorrente da incidência do art. 71 do CP foi estabelecido no máximo, em razão de terem sido inúmeras as contratações irregulares realizadas. Fica o réu também condenado no pagamento das custas do processo.

No entanto, considerando que, entre a data do último fato imputado, ocorrido em 92, e o recebimento da denúncia, datado de 21/01/95, são passados, portanto, mais de dois anos - mais ainda - e, levando em conta que, da data do recebimento da denúncia, com a publicação do acórdão no dia 14/02/96, até a data deste julgamento, transcorreu o prazo superior a dois anos, julgo, de ofício, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva, ficando cancelados todos os efeitos da condenação que ora se lhe impõe.

Custas, pelo Estado.

*O Sr. Des. Gomes Lima* - Sr. Presidente. Como Revisor, e como não poderia deixar de ser, tive acesso aos autos e, mesmo com o cuidado que procuro dispensar ao trabalho que desenvolvo, ainda assim, diante do desenvolvimento normal do voto de que tinha conhecimento do em. Relator, estava apreensivo, porque havia aspectos colocados da tribuna, nesta oportunidade, que me haviam passado despercebidos. Entretanto, a despeito de terme predisposto a pedir vista, exatamente para dar um enfoque melhor fundamentado ao meu posicionamento, já agora mudo esse meu entendimento para concordar plenamente com o em. Relator.

É que, embora, *prima facie*, a mim também não pareça comprovada a inocência do acusado, segundo o Relator, é inegável que houve a prescrição e, como decretou, de ofício, a extinção da punibilidade com todas as suas conseqüências, fico feliz em poder concordar mais uma vez com S. Exa. e dizer de público que, quando do exame dos autos, já estava para trilhar esse caminho, discordando apenas quanto ao final, porém fui alertado por aspectos hoje suscitados. Folgo em registrar nesta oportunidade que o em. Relator houve com absoluto acerto e espero que os demais companheiros de Câmara nos sigam, eis que acompanho na íntegra o seu voto.

*O Sr. Des. Paulo Medina* - Infelizmente, os autos não vão às mãos do Vogal para o exame da prova. Todavia, pude acompanhar a excelente sustentação oral que se fez da tribuna e de igual modo o fundamentado voto do em. Relator.

Vi justificativa bastante para o reembolso que se fez e a tipicidade defendida nas contratações, mas o fato que ressalta a minha tranqüilidade é o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Acompanho o Relator.

*O Sr. Des. Odilon Ferreira* - Pude verificar nos autos, neste momento, que existia um plano de carreira para

o servidor municipal através da Lei nº 837/89, de 23/05/89; portanto, não *respeitam* esse plano de carreira, procedendo a contratações de elementos que poderiam fazer concurso público, que, evidentemente, não foi aberto pelo Prefeito, estou a concordar com o voto proferido pelo em. Relator, inclusive no que concerne à extinção da punibilidade.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Sr. Presidente. Apesar da brilhante defesa corroborada e apesar de ter ouvido o magnífico voto do em. Relator, não me sinto em condições de proferir o meu voto, já que as peças que recebi não contêm os elementos necessários para tanto.

Tenho necessidade de recorrer ao exame dos autos para verificar a natureza das nomeações feitas e poder concluir a respeito da infringência do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67.

Nessas condições, estou pedindo vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O DES. MERCÊDO MOREIRA, APÓS O RELATOR E OS VOTOS QUE O SEGUIRAM JULGAREM PROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA E, DE OFÍCIO, JULGAREM EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo denunciado, o Dr. Haylson de Souza Pinel.

*O Sr. Des. Presidente* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11/05/99, a pedido do Des. Mercêdo Moreira, após o voto do Relator e o dos que o seguiram julgarem procedente, em parte, a denúncia e, de ofício, julgarem extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Com a palavra o Desembargador Mercêdo Moreira.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Inexistem nos autos elementos idôneos que comprovem o desvio de rendas públicas pelo réu, como bem exposto no voto do eminente Relator.

Quanto à contratação de servidores em desacordo com o que determina a lei, a acusação procede, já que não ficou comprovado nos autos o caráter temporário e de excepcional interesse público exigido pela Lei Municipal nº 837, de maio de 1989, e alegado pela defesa.

Ao contrário, o número excessivo de nomeações (mais de duzentos servidores nomeados sem concurso) grita pela sua natureza irregular.

O reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva pela própria Câmara Julgadora também se me apresenta perfeitamente correto. É que, nos processos de competência originária, não cabendo recurso ordinário das decisões finais nele proferidas e, sim, eventualmente, somente os recursos especial e extraordinário, de admissibilidade extremamente





restrita, e sem efeito suspensivo, nada impede que o reconhecimento dessa prescrição se faça de imediato.

Essa, por sinal, é a opinião de DAMÁSIO DE JESUS, ao discorrer sobre a oportunidade da declaração da prescrição nos processos da competência originária dos tribunais:

"Nas ações penais de sua competência originária, nada impede que, vindo a condenar o réu, possa o Tribunal declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, não constituindo obstáculo a eventualidade de interposição de recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo" (*Prescrição Penal*, Saraiva, 6ª ed., p. 162).

Com essas considerações coloco-me de inteiro acordo com o voto do eminente Relator.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA E, DE OFÍCIO, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

:::-

**PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS - PARTICIPAÇÃO COMO LICITANTE - FRUSTRAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - FATO ATÍPICO - UTILIZAÇÃO DE BENS DO MUNICÍPIO - EVIDÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E ADMINISTRATIVO - INEXISTÊNCIA DE CRIME - DESPESAS DE "LUA-DE-MEL" DE AMIGO PESSOAL - DISPÊNDIO COM MANUTENÇÃO DE VEÍCULO PARTICULAR - UTILIZAÇÃO DE RENDAS PÚBLICAS - CRIME DO ART. 1º, II, DO DEC.-LEI Nº 201/67 - CONFIGURAÇÃO - DELITOS DOS INCISOS I E II DO ART. 1º DO DEC.-LEI Nº 201/67 E DOS INCISOS III E V DO MESMO DISPOSITIVO - DISTINÇÃO - AQUISIÇÃO DE BENS SEM CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INCISO XI DO ART. 1º DO DEC.-LEI Nº 201/67 - CARACTERIZAÇÃO - PROCESSO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

**- Frustrar o prefeito procedimento licitatório, participando, como licitante, de concorrência pública para aquisição de bens da prefeitura, não constitui, *in per se*, fato criminoso, por faltar-lhe tipicidade, já que não se enquadra em qualquer das formas típicas descritas no Dec.-lei nº 201/67.**

**- A utilização pelo prefeito de bens públicos para a construção de rede telefônica interligando sítio de sua propriedade, onde residia, à rede local de cabos da Telemig não constitui crime, se evidenciado interesse administrativo e público.**

**- Utilizar-se o prefeito, indevidamente, em proveito próprio e alheio, de rendas públicas, para pagamento de despesas de "lua-de-mel" de amigo pessoal seu, bem como para pagamento de despesas com manutenção de veículos particulares, constitui crime previsto no inciso II do art. 1° do Dec.-lei n° 201/67, sendo irrelevante para os efeitos de sua condenação tenha ele reparado o dano, recolhendo a importância devida, uma vez que tal fato não elide o crime, interessando apenas à dosimetria da pena.**

**- Os crimes definidos nos incisos I e II do art. 1° do Dec.-lei n° 201/67 distinguem-se dos previstos nos incisos III e V do mesmo artigo. Os primeiros lesam o patrimônio público e a probidade que deve reger os atos da Administração visando o agente proveito próprio e alheio e, por isso, a lei comina-lhes pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Os segundos, previstos nos incisos III e V daquele dispositivo, apenas perturbam o regular funcionamento da Administração Pública, e o agente atua no interesse da própria Administração, razão pela qual a pena a eles cominada é menor, de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção.**

**- A aquisição de bens, pelo prefeito, sem concorrência pública, em desacordo com as normas financeiras pertinentes, constitui crime previsto no inciso XI do art. 1° do Dec.-lei n° 201/67.**

**- Nos processos de competência originária, em que não cabe recurso ordinário das decisões neles proferidas, e, sim, eventualmente, apenas recursos especial e extraordinário, de admissibilidade extremamente restrita e sem efeito suspensivo, nada impede que, vindo a condenar o réu, possa o tribunal, pela própria câmara julgadora e por ocasião do julgamento, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da punibilidade.**

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA N° 49.271/0 - Comarca de Barão de Cocais - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Prefeito municipal - Crimes de responsabilidade - Decreto-lei n° 201/67. - A utilização pelo prefeito de bens públicos para a construção de rede telefônica interligando sítio de sua propriedade, onde residia, à rede local de cabos da Telemig não constitui crime, se evidenciado interesse administrativo e público. - A utilização de rendas públicas destinadas ao pagamento de despesas de lua-de-mel de amigo pessoal do prefeito, assim como ao pagamento de despesas com a manutenção de veículos particulares, constitui crime previsto no artigo 1°, inciso II, do Decreto-lei n° 201/67. - Os principais pontos de distinção entre os crimes previstos nos incisos I e II do artigo 1° do DL n° 201 e os definidos nos incisos III e V desse dispositivo são os seguintes: os primeiros lesam o patrimônio público e a probidade que deve reger os atos da Administração, visando o agente proveito próprio ou alheio, enquanto os dois últimos apenas perturbam o regular funcionamento da Administração Pública, atuando o agente no interesse da própria Administração. - A aquisição de bens sem concorrência, em desacordo com as normas financeiras pertinentes, constitui crime previsto no inciso XI do art. 1° do referido decreto-lei.





ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA E, EM CONSEQÜÊNCIA, DE OFÍCIO, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

Belo Horizonte, 1° de junho de 1999. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontrava-se presente, pelo Ministério Público, o Dr. Gilberto Mendonça, que se absteve de falar e, pelo denunciado, o Dr. Marcos Afonso de Souza, que proferiu sustentação oral.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Ouvi com a máxima atenção as palavras do ilustre professor Marcos Afonso de Souza, bem como já havia lido as suas primorosas alegações finais em favor do réu.

Elaborei o meu voto, em que respondo às questões abordadas nessas alegações e nesta sustentação oral.

Meu voto é o seguinte:

Foi o Sr. João Batista Alvarenga, ex-Prefeito Municipal de Barão de Cocais, denunciado como incurso nas sanções do artigo 1°, incisos II, III, IV e V, do Decreto-lei n° 201/67, por ter, na qualidade de Prefeito Municipal de Barão de Cocais:

a) empregado de forma irregular a verba recebida do convênio firmado com a SELT, para a construção de uma praça de esportes naquele Município;

b) frustrado procedimento licitatório, ao participar, juntamente com seu irmão, como licitante, de concorrência pública para aquisição pela Prefeitura de 16 postes de madeira e 1.000 metros de fios telefônicos, que estavam sendo utilizados pelo denunciado há mais de dois anos em seu sítio, licitação esta anulada pelo Decreto Municipal n° 015/93;

c) utilizado irregularmente de verbas públicas, em proveito próprio ou alheio, quando pagou com dinheiro público despesas de "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho, seu amigo particular (viagem e hospedagem);

d) realizado despesas, em desacordo com normas financeiras e não autorizadas por lei, pagando o uso de veículos particulares, o seu próprio e o de seu irmão Wallace de Barros Oliveira, além de compras efetuadas em sua própria loja, Analu Malhas.

Citado, o denunciado apresentou resposta preliminar, tendo a denúncia sido recebida, em parte, dela se excluindo os fatos relativos ao emprego irregular de verbas conveniadas com a SELT. Reconheceu-se também nesse acórdão que a habilitação na concorrência não configura crime ou ato de responsabilidade, restringindo-se o ilícito penal ao fato da "*utilização desses bens em proveito próprio*, segundo preceito do inciso II do artigo 1° do DL n° 201, que é o que merece tratamento na instrução e debate processual".

O réu foi interrogado às fls. 172/173, apresentou defesa prévia, arrolando oito testemunhas.

Ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, foi cumprida diligência requerida pelo Ministério Público, juntando-se aos autos cópia do acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível deste Tribunal no julgamento de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o ora acusado, para a devolução dos 16 postes de madeira e do fio telefônico, que deu pela extinção do processo sem julgamento de mérito.

Em alegações finais, o MP pediu a condenação do réu, nos termos da denúncia.

A defesa também apresentou alegações finais, pedindo a absolvição do réu, na forma do artigo 386, VI, do CPP, aos seguintes fundamentos:

1) No tocante à utilização indevida dos aludidos postes de madeira e fios telefônicos, em proveito próprio, alega que esse material foi empregado na instalação pela Prefeitura de linha telefônica, na residência do acusado, em sítio localizado fora da cidade; diz mais que, em conseqüência, essa instalação se deu no interesse público, facilitando a comunicação de funcionários da Prefeitura e da comunidade com o Chefe do Executivo Municipal, não se podendo, assim, falar em dolo e, portanto, em crime; prova disso é que, antes de findar o seu mandato, determinou o Prefeito a realização de licitação, pouco importando que, nesta, tenha o acusado arrematado o citado material e que, por essa razão, seja acoimada de irregular.

2) Relativamente ao pagamento de despesas da "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho, alega a defesa que o acusado não agiu com dolo, o que pode ser inferido, inclusive, do fato de ter o acusado pretendido quitar as despesas do amigo com um cheque emitido em branco, por este recusado; afirma que inexiste prova de que tivesse ordenado a quem quer que seja o pagamento de nota fiscal emitida em nome da Prefeitura, tudo não tendo passado de mera rotina administrativa, sem qualquer intervenção pessoal do Prefeito; além do mais, o réu, antes do oferecimento da denúncia, quitou o débito; diz finalmente que a sua conduta, quando muito, foi culposa, na modalidade de negligência, não passível de punição à luz do DL n° 201/67.





3) Quanto ao pagamento de despesas com o uso de veículos particulares, afirma que os documentos constantes dos autos (meras fotocópias sem qualquer autenticação) apenas se referem ao pagamento pela Prefeitura de despesas com a lavagem de veículos, cuja propriedade não foi indicada, não se podendo, em conseqüência, concluir que esses veículos não fossem oficiais.

4) Finalmente, quanto ao pagamento de compras feitas na empresa Analu Modas, de que o acusado era sócio, alega a defesa que ocorreram meras irregularidades administrativas, sem repercussão no campo do direito penal, de vez que essas compras foram de valores insignificantes, salvo uma, para a qual foi feita licitação, sob a modalidade de convite, e havia para ela a devida dotação orçamentária.

É o relatório.

Passo a decidir.

*Frustração de procedimento licitatório.*

No tocante à acusação relativa ao fato de ter o réu frustrado procedimento licitatório, com o fim de obter para si vantagens ou benefícios, ao participar de concorrência pública para adquirir da Prefeitura 16 postes de madeira e 1.000 metros de fios telefônicos, cumpre observar que, como afirmou o eminente Desembargador João Quintino, e foi decidido por essa Câmara, por ocasião do recebimento da denúncia, essa habilitação não constitui, *in per se*, fato criminoso. Falta-lhe tipicidade, já que não se enquadra em qualquer das formas típicas descritas no Decreto-lei n° 201/67.

É verdade que, no acórdão proferido por essa Câmara naquela oportunidade, ficou constando que o ilícito penal estaria no fato da utilização dos citados bens pelo denunciado, em proveito próprio, segundo o preceito do inciso II do art. 1° do DL n° 201, que, no dizer do eminente Relator de então, era o que merecia tratamento na instrução e debate processual.

Não há aqui necessidade de se discutir sobre se, nesse particular, a Câmara, naquela fase processual, poderia alterar a descrição e imputação dos fatos ao denunciado feitas pela inicial acusatória, pois não vejo procedência nessa nova imputação, em face da prova constante dos autos.

Com efeito, a utilização pelo Prefeito de bens públicos (16 postes de madeira e 1.000 metros de fios telefônicos) deu-se em conseqüência do contrato de mão-de-obra e empreitada de materiais (fls. 60/62) firmado, aos 18 de abril de 1991, entre o Município, representado pelo ora acusado, então Prefeito de Barão de Cocais, e a empresa Hertz Telecomunicações Ltda., para a construção de rede telefônica interligando sítio de propriedade do

acusado à rede local de cabos da Telemig naquela cidade.

A assinatura desse contrato foi precedida de licitação, através da modalidade de convite, tendo sido vencedora a empresa acima referida, como se observa dos documentos de fls. 66/72.

Havia verba orçamentária prevista, conforme se vê do documento de fls. 7.

Residindo o acusado no referido sítio, como assinala a própria denúncia, não se pode dizer que não houvesse interesse administrativo e, portanto, público, na instalação da citada rede telefônica, pois, sem dúvida, essa linha tinha o objetivo principal de facilitar a comunicação do Chefe do Executivo Municipal com o restante da Administração Municipal e a própria comunidade.

Não vejo, assim, na utilização dessa rede telefônica pelo acusado, qualquer conduta contrária ao direito e, portanto, indevida, nem a presença do dolo, elementos esses essenciais à configuração do crime previsto no artigo 1º, II, do DL nº 201/67.

Irrelevante do ponto de vista jurídico que o contrato de instalação da linha, que também beneficiaria o acusado, tenha sido por este assinado, se ali agia na qualidade de Prefeito Municipal e, conseqüentemente, de representante do Município. Deveria, *ad cautelam*, por questão de natureza ética, ter transferido o encargo de representar o Município naquele ato para o Vice-Prefeito ou a quem de direito.

Irrelevante, por outro lado, que, ao final do mandato, com receio naturalmente de que a futura Administração Municipal viesse a cancelar a citada linha telefônica, retirando os postes e fios que pertenciam ao Município, tenha participado de concorrência pública para adquirir da Prefeitura os 16 postes de madeira e os 1.000 metros de fio empregados na aludida rede.

Isto porque, a uma, tal procedimento, como se viu, foi considerado atípico por essa Câmara, quando do recebimento da denúncia.

A duas, porque essa licitação foi declarada nula pelo Decreto Municipal nº 15/93, de 29/11/93, continuando, em conseqüência, os citados bens e a mencionada rede telefônica integrados ao patrimônio do Município, podendo a Prefeitura dar-lhes o destino que bem lhe aprouver.

Com essas considerações, vê-se que, nos termos do artigo 386, III, do CPP, o acusado deve ser absolvido da imputação que lhe é feita da prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, do DL nº 201/67, por não constituir infração penal a utilização da rede telefônica instalada em sua residência.

*Utilização de rendas públicas, no tocante ao pagamento das despesas de "lua-de-mel" de José Domingos Coutinho.*





A segunda acusação que pesa contra o acusado se refere ao pagamento pela Prefeitura de Barão de Cocais das despesas de "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho, amigo pessoal do Prefeito (viagem de táxi a Roças Novas e hospedagem no Hotel Fazenda Tauá), utilizando-se este, assim, indevidamente, em proveito alheio, de rendas públicas.

Tais fatos estão devidamente comprovados nos autos, seja pelos documentos de fls. 156/158 dos autos em apenso, seja pelas declarações do próprio réu, seja pelo depoimento do Sr. José Domingos Coutinho.

O réu narra esses fatos da seguinte maneira, à fl. 33-v.-TJ:

*"Fatos relacionados no item II:* que com relação a este fato o depoente informa que realmente houve utilização pelo Sr. José Domingos Coutinho de uma hospedagem no Hotel Tauá; que isto no entanto se deu porque estava programada uma reunião de Prefeitos e associação do Município para aqueles dias e a Prefeitura tinha reservado apartamento lá no hotel, mas houve o cancelamento da reunião e o hotel não devolveria o dinheiro pago na reserva, tendo, em razão disto, o depoente autorizado o Sr. José Domingos Coutinho a utilizar-se do apartamento; que, no entanto, mais ou menos um mês depois e tendo sido criada uma CPI aqui na Cidade e com o depoente sabendo que um dos fatos da CPI seria isto, procurou ressarcir a Prefeitura dos valores por ela pagos com aquela hospedagem e o fez corrigindo os valores, já estando no processo principal cópia autenticada do recibo; que igualmente foi paga também a corrida de táxi".

José Domingos Coutinho, às fls. 220 e 236-TJ, por sua vez, esclarece que:

"teve a sua 'lua-de-mel' paga pela Prefeitura Municipal de Barão de Cocais, na gestão do ex-Prefeito João Batista Alvarenga; que na época do casamento do declarante o Sr. João Batista queria dar um presente ao declarante; que, como o declarante foi passar a sua 'lua-de-mel' no Hotel Tauá, o Sr. João Batista queria que o declarante levasse um cheque em branco, só assinado, o que o declarante não aceitou; que então ficou acertado que após a 'lua-de-mel' o declarante traria a nota das despesas no Hotel, o que assim foi feito; que o declarante trouxe a nota do Hotel, tendo entregue para Renato; que era a pessoa responsável pelos empenhos da Prefeitura...; que o declarante esclarece que achou que o Sr. João Batista iria pagar as despesas do Hotel com o próprio dinheiro dele; que não tinha conhecimento de que suas despesas no Hotel foram pagas com dinheiro da Prefeitura Municipal; que o declarante só tomou conhecimento que isto aconteceu depois de três meses, tendo o declarante procurado o Sr. João Batista e este disse que não era para o 'declarante esquentar a cabeça' e que o erro tinha sido dele (João Batista); que esclarece o declarante que o Sr. João Batista alegou que assinava muitos papéis sem ler".

Ao prestar declarações perante a CPI instaurada para a apuração das irregularidades praticadas pelo Prefeito João Batista Alvarenga, a testemunha acima referida foi mais minuciosa em seu relato, esclarecendo que "a reserva no Hotel Fazenda Tauá foi feita pela Prefeitura como presente de casamento". Explica que ele pagou as despesas do Hotel, tendo sido posteriormente reembolsado pela Prefeitura. Isto é confirmado pelas quitações assinadas pela testemunha, no empenho emitido pela Prefeitura em nome do Hotel Fazenda Tauá e na nota fiscal emitida contra a Prefeitura, sem que fosse representante do Hotel ou funcionário da Prefeitura. Esclarece ainda a testemunha, nesse depoimento, que ele foi conduzido ao Hotel Tauá pelo motorista "Osvaldo Português" e que a nota de tal corrida foi por ele encaminhada à Prefeitura Municipal.

Cumpre salientar que, de conformidade com os documentos de fls. 156/158 dos autos em apenso, as despesas de viagem ficaram em Cr$ 12.000,00 e as de hospedagem em Cr$ 71.136,00.

É de se anotar ainda a respeito desses eventos que a hospedagem é também confirmada pelo motorista Osvaldo da Conceição Branco, o "Osvaldo Português" (fls. 277 dos apensos), e pelo Sr. Paulo Pessoa Pinto, gerente do Hotel Fazenda Tauá, que ainda faz grave acusação ao prefeito e ao seu amigo José Domingos Coutinho, ao afirmar, em 08/11/91, para a CPI instaurada para apuração dos fatos, à fl. 201 dos autos em apenso, que "há alguns dias atrás o Sr. Prefeito e o Sr. José Domingos Coutinho estiveram neste Hotel e foram atendidos pelo Sr. Marcelo Rosa da Silva pedindo para verificar a ficha de hospedagem, quando o Sr. Prefeito, Dr. João Batista Alvarenga, a rasgou, inutilizando-a, refazendo a ficha em nome dele próprio".

José Domingos Coutinho, às fls. 268 e 269 dos autos em apenso, confirma a substituição da ficha de hospedagem por ele e pelo Prefeito, apenas dizendo que a primeira ficha em nome do declarante foi rasgada com autorização da recepcionista.

Nota-se assim dessa prova que o pagamento das despesas de viagem (Cr$ 12.000,00) e hospedagem (Cr$ 71.136,00), relativas à "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho foi suportado pela Prefeitura de Barão de Cocais, a título de presente de casamento oferecido pelo Prefeito, ora acusado, ao seu amigo e correligionário José Domingos Coutinho.

Bem caracterizada ficou, portanto, a utilização indevida pelo réu, então Prefeito de Barão de Cocais, em proveito do amigo, que sequer servidor da Prefeitura era, de renda pertencente ao Município.

O crime ocorrido é o do artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67, e não o do inciso V desse artigo, como insinua a defesa e equivocadamente, *data venia*, tipificou o eminente Des. João Quintino no voto que proferiu por ocasião do recebimento da denúncia.





O crime de que trata o inciso V se refere à ação de ordenar ou efetuar despesas em desobediência às normas orçamentárias ou financeiras pertinentes. É crime que tem íntima relação com o definido no inciso III. Um fala em desviar ou aplicar indevidamente rendas ou verbas públicas, correspondendo ao crime de desvio de verbas previsto no artigo 315 do Código Penal. Outro se refere ao fato de o Prefeito ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes.

A lei, ao definir esses dois crimes, procura proteger a regularidade da Administração Pública, no que se refere ao cumprimento das normas orçamentárias. Não há em qualquer deles qualquer dano patrimonial. As verbas ou rendas públicas são aplicadas e as despesas são ordenadas, efetuadas ou realizadas no interesse da própria Administração, sem que tenham sido autorizadas por lei orçamentária ou feitas em desacordo com o orçamento.

Ao contrário, no crime previsto no inciso II do artigo 1° do DL n° 201/67, a lei não só protege a regularidade da Administração Pública, mas também o patrimônio do município, tendo este crime caráter nitidamente patrimonial. Além disso, a aplicação de verbas ou rendas públicas neste crime dá-se para fins particulares (em proveito próprio ou alheio), e não no interesse da própria Administração, como ocorre nos demais.

Estes são, sem dúvida, os principais pontos de distinção entre os crimes definidos nos incisos I e II e os previstos nos incisos III e V. Os primeiros lesam o patrimônio público e a probidade administrativa dos atos da Administração, e o agente visa a proveito próprio ou alheio. Por isso mesmo, a lei a estes comina pena de reclusão de dois a doze anos. Os outros, previstos nos incisos III e V, apenas perturbam o regular funcionamento da Administração Pública, e o agente atua no interesse da própria Administração. Por isso mesmo, a pena a eles estabelecida é muito menor, ou seja, de detenção de três meses a três anos.

A defesa procura justificar a conduta do réu alegando que ele não atuou com dolo, o que se evidencia do fato de ter ele querido que o Sr. José Domingos Coutinho levasse um cheque em branco só assinado, para quitar a aludida despesa. Afirma ainda que não há a menor prova de que o réu tivesse determinado a quem quer que seja que efetuasse o citado pagamento, pelo que seria de se concluir que tudo não passou de equívoco gerado pela própria rotina administrativa, sem qualquer intervenção ou determinação do Prefeito. Alega finalmente que os cofres do Município foram ressarcidos com o pagamento do débito, devidamente corrigido, pelo acusado, quatro anos e quatro meses antes do oferecimento da denúncia.

O dolo do acusado, no entanto, me parece evidente.

A reserva no Hotel Fazenda Tauá, como afirma José Domingos

Coutinho, foi feita pela Prefeitura como presente de casamento a essa testemunha.

O pagamento das despesas de hospedagem foi efetuado pela Prefeitura diretamente ao Sr. José Domingos Coutinho, a título de reembolso, o que foge inteiramente à rotina administrativa e elimina a hipótese de ter sido resultado de mero equívoco. Máxime quando se verifica que as quitações no empenho da Prefeitura e na nota fiscal emitida pelo Hotel Tauá foram dadas pelo mesmo José Domingos Coutinho, que não era sequer funcionário da Prefeitura ou do Hotel.

A atitude posterior do Prefeito, indo pessoalmente ao Hotel para tentar substituir a ficha de hospedagem, tirada em nome do amigo, por uma em seu próprio nome, e arbitrariamente rasgando a primeira, em face da recusa do funcionário do Hotel, não deixa dúvida a respeito do caráter doloso de sua conduta.

O fato indicativo da inexistência desse elemento subjetivo alegado pela defesa, qual seja, o de ter o réu, antes do casamento, oferecido ao amigo recém-casado um cheque em branco para que ele fizesse face às referidas despesas, não tem qualquer relevância, se se considerar que o pagamento dessas despesas foi feito pela Prefeitura diretamente ao Sr. José Domingos Coutinho, a título de reembolso (ele pagou ao Hotel com cheque de terceiro e, depois, recebeu da Prefeitura o reembolso do dinheiro, dando as quitações respectivas).

Irrelevante, para os efeitos de sua condenação, que o réu tinha reparado o dano recolhendo, antes do oferecimento da denúncia, a importância devida. Isto porque tal fato não elide o crime, como ocorre na hipótese de sonegação fiscal, apenas interessando à dosimetria da pena.

Como se vê, presentes estão todos os elementos do crime definido no artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67.

Aliás, o fato poderia ser enquadrado tanto neste inciso, pelo fato de se ter utilizado de verbas ou rendas públicas em proveito particular, como no inciso I do mesmo artigo, por ter desviado em proveito alheio rendas públicas. Como, porém, a denúncia fala em utilização irregular de verbas públicas em proveito próprio ou alheio, prefiro o enquadramento no inciso II.

Note-se que, achando-se o fato devidamente descrito na denúncia, poderá o juiz, por ocasião da sentença, dar a ele a capitulação devida, ainda que em discordância com a inicial acusatória, sem necessidade de abrir novos prazos para a defesa, como se infere claramente do artigo 383 do CPP.

O réu se defende dos fatos descritos na denúncia, e não do seu eventual enquadramento legal.

Somente quando os fatos não estão contidos na inicial acusatória é que se aplica o disposto no artigo 384 do CPP. Não é este o caso dos autos.

Despiciendo que, por ocasião





do recebimento da denúncia, o fato, no voto do douto Relator de então, tenha sido tipificado no inciso V do artigo 1° do DL n° 201/67, não só porque o seu enquadramento legal pode ser alterado a qualquer tempo no decorrer do processo, como porque aquela não era, efetivamente, a ocasião propícia para tanto.

Nenhum prejuízo resultou para a defesa desse equívoco, visto que o fato encontra perfeita descrição, tanto na peça inicial acusatória, como no voto do douto Relator.

Assim sendo, deve a denúncia ser, nessa parte, julgada procedente e condenado o réu nas sanções do artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67.

*Utilização de rendas públicas, em proveito próprio e alheio, para pagamento de despesas relativas à manutenção de veículos particulares.*

A denúncia relata que o acusado realizou despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes e não autorizadas em lei, pagando o uso de veículos particulares, o seu próprio e o de seu irmão, Sr. Wallace de Barros Oliveira, além de compras efetuadas em sua própria loja, Analu Malhas.

Quanto à realização de despesas com veículos particulares, cumpre observar que, embora dos documentos de fls. 77/82 não conste o nome dos proprietários dos veículos cujas despesas foram pagas pela Prefeitura, ali se diz que eram automóveis das marcas "Monza" e "Passat".

Ora, à fl. 228 dos autos, existe relação dos veículos pertencentes à Prefeitura de Barão de Cocais, ali não havendo menção a qualquer veículo das marcas "Monza" ou "Passat".

Donde se conclui que as despesas mencionadas se referem a veículos particulares.

Como se não bastasse isto, o pagamento de despesas relativas a veículos particulares do Prefeito e do seu irmão, Wallace de Barros Oliveira, foi admitido pelo réu em todas suas declarações, assim como pelo seu irmão.

Explicam que isto se dava porque, como a Prefeitura, no início de sua gestão, não possuía veículos, o seu automóvel particular, bem como o de Wallace, seu assessor, ficavam à disposição da Prefeitura, correndo, por conta desta, as despesas de gasolina, lubrificação e lavagem.

Assim, não há dúvida de que tais despesas foram, de fato, realizadas pela Prefeitura, ao contrário do que afirma a defesa.

Como o acusado não produziu qualquer prova no sentido de demonstrar que esses veículos haviam ficado, por necessidade, à disposição da Prefeitura, e como o ônus da prova a ele incumbia, já que essa alteração foi sua, não há como se deixar de reconhecer, também aqui, o cometimento pelo acusado do crime do artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67.

Ele se utilizou, indevidamente, sem dúvida, em proveito próprio e

alheio (de seu irmão) de rendas públicas, incorrendo, em conseqüência, nas sanções do referido crime.

Irrelevante, pelas mesmas razões aduzidas acima, que o ilustre Desembargador João Quintino, no voto que proferiu por ocasião do recebimento da denúncia, tenha entendido que essa conduta do acusado se enquadrava no inciso V do citado dispositivo legal, e não no item II, posto que o réu se defende do fato descrito na denúncia e não da classificação legal nesta eventualmente feita pelo Promotor de Justiça ou mesmo pelo Juiz, no ato de recebimento da inicial acusatória.

Tem, portanto, aplicação à espécie o disposto no artigo 383 do CPP.

*Aquisição de bens sem concorrência, em desacordo com as normas financeiras pertinentes.*

Finalmente, quanto à realização de compras de bens variados pela Prefeitura de Barão de Cocais da firma Analu Malhas Ltda., da qual o Sr. João Batista Alvarenga era sócio, nenhuma controvérsia existe no tocante à sua ocorrência.

Os documentos de fls. 94/103 comprovam plenamente a realização dessas compras.

Não bastasse isto, o próprio acusado admite que as realizou.

Limitou-se a defesa a alegar que, para tais compras, havia dotação orçamentária; foi procedido o regular empenho da despesa relativa a todas elas; não havia necessidade de licitação para as compras de valores insignificantes, tendo havido, para a única aquisição de valor relevante, regular licitação sob a modalidade de convite, saindo vencedora a referida empresa, por ter apresentado o menor preço.

Se é verdade que algumas compras realizadas pela Prefeitura, de Analu Malhas Ltda., têm valores que poderiam ser considerados pequenos, como, por exemplo, a relativa à aquisição de quatro toalhas de rosto ou dois jogos de cama (fls. 90 e 92), não é menos verdadeira a afirmação de que essas compras foram realizadas na empresa de que o acusado era sócio, o que, por si só, já as coloca sob suspeita. Esse dado, que não está incluído na jurisprudência citada pela defesa, não permite a conclusão de que, pelo simples valor da compra, estivesse elidido o crime de responsabilidade imputado ao acusado.

Máxime se se considerar que outras aquisições feitas pela Prefeitura, de Analu Malhas, como, por exemplo, a de trinta camisas com silk, no valor de Cr$ 81.000,00 (fls. 101), não poderiam ser tidas como de valor insignificante, e que, por isso mesmo, não poderiam ter sido autorizadas, sem licitação.

Isso sem contar que a única licitação feita, sob a modalidade de convite, para a aquisição de noventa camisas, no valor de Cr$ 324.000,00, foi vencida pela mesma empresa do réu, e, portanto, de forma inteiramente suspeita.





Assim, não há dúvida de que o acusado, ao permitir a compra de bens pela Prefeitura de empresa de que era sócio, nas condições acima descritas, o fez em desacordo com as normas financeiras pertinentes, que exigem o processo licitatório para a realização dessas compras, incidindo, dessa forma, nas sanções do artigo 1°, inciso XI, do DL n° 201/67.

Aqui, mais uma vez, vou discordar do enquadramento legal feito pela denúncia e pelo v. acórdão prolatado por ocasião do recebimento daquela peça acusatória, já que o inciso XI, mais específico, melhor se ajusta ao fato do que o inciso V ali mencionado.

Nenhum prejuízo resulta para a defesa dessa nova capitulação, de vez que o fato está descrito na denúncia, e o réu, em suas alegações finais, percebendo a correta aplicação do inciso XI do artigo 1° do DL n° 201/67 à espécie, defendeu-se, por sinal, com brilhantismo, dessa imputação.

*Conclusão.*

Em face do exposto, julgo, em parte, procedente a denúncia para condenar o réu João Batista Alvarenga pelo crime do artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67, duas vezes, (por se ter utilizado de verbas públicas para pagar despesas de "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho, assim como para pagar despesas com o seu veículo particular e o do seu irmão, Wallace Barros Oliveira), e pelo crime do artigo 1°, inciso XI, do citado DL n° 201/67 (por ter permitido a aquisição de bens, sem o processo licitatório exigido pelas normas legais financeiras), absolvendo-o da acusação de haver frustrado procedimento licitatório para aquisição de postes de madeira e fios telefônicos ou de se ter utilizado desses bens em proveito próprio (art. 1°, inciso II, do DL n° 201/67).

Passo a aplicar-lhe a pena.

Considerando que o réu é primário, tem bons antecedentes, nada havendo antes dos fatos que pudesse desabonar a sua conduta, não sendo elevados os prejuízos sofridos pelo Município, fixo a pena-base, pelos crimes previstos no artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67, em dois anos de reclusão para cada um. Diminuo a pena de um deles (o relativo à utilização de verbas para pagamento das despesas de "lua-de-mel" do Sr. José Domingos Coutinho) da metade, nos termos do artigo 16 do Código Penal, passando-a para um ano de reclusão. Mantenho a pena pelo outro crime do artigo 1°, inciso II, do referido decreto-lei (utilização de rendas públicas para pagamento de despesas com manutenção de carros particulares) em dois anos de reclusão, à falta de causas especiais de aumento ou diminuição. Tendo em vista as mesmas razões acima aduzidas, fixo a pena-base pelo crime previsto no artigo 1°, inciso XI, do DL n° 201/67, no mínimo legal, ou seja, em três meses de detenção, ficando mantida nesse *quantum*.

De conformidade com o artigo 69 do Código Penal, deverá o acusado

João Batista Alvarenga cumprir, em regime aberto, a pena total de três anos de reclusão pelos crimes previstos no artigo 1°, inciso II, do DL n° 201/67, e de três meses de detenção pelo crime previsto no artigo 1°, inciso XI, do DL n° 201/67.

Considerando, porém, que, nos termos do artigo 119 do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente;

considerando que, de acordo com artigo 110, §§ 1° e 2°, do Código Penal, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação, regula-se pela pena aplicada e tem efeito retroativo (prescrição retroativa);

considerando, no entanto, que, nos processos de competência originária, não cabendo recurso ordinário das decisões finais nele proferidas e, sim, eventualmente, somente os recursos especial e extraordinário, de admissibilidade extremamente restrita, e sem efeito suspensivo, nada impede que o reconhecimento dessa prescrição se faça de imediato pela própria Câmara Julgadora, por ocasião do julgamento do feito, sendo essa, por sinal, a opinião de DAMÁSIO DE JESUS, ao discorrer sobre a oportunidade da declaração da prescrição nos processos da competência originária dos tribunais:

"Nas ações penais de sua competência originária, nada impede que, vindo a condenar o réu, possa o Tribunal declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, não constituindo obstáculo a eventualidade de interposição de recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo" (*Prescrição Penal*, Saraiva, 6ª ed., p. 162);

considerando que, no caso, nenhuma das penas aplicadas ao réu foi superior a dois anos;

considerando que, de conformidade com o artigo 109, V, do Código Penal, a prescrição retroativa da pretensão punitiva se dá em quatro anos, tendo em vista a pena aplicada;

considerando que, entre as datas dos fatos (todos praticados até o ano de 1991, no máximo, como se observa dos documentos de fls. 77/82, 83/103, 156/158) à do recebimento da denúncia (11/09/96), mediou período de tempo superior a quatro anos;

chega-se à conclusão de que essa prescrição já se verificou, na espécie.

Assim sendo, julgo extinta a punibilidade do réu, pela prescrição, com o arquivamento dos autos.

Custas, pelo Estado.

É o meu voto.

*O Sr. Des. Gomes Lima* - Sr. Presidente. Como Revisor, tive acesso aos autos e profunda preocupação de entender o histórico fático e as colocações feitas pela defesa e feitas pela Procuradoria.





A única observação maior que me ocorreu à época era exatamente a constatação da prescrição.

O voto que acaba de ser lido pelo eminente Relator dispensa comentário, aborda tudo que dos autos consta, com propriedade, com profundidade, com bom senso, com equilíbrio, de tal modo que, a essa altura, tendo S. Exa. dado pela prescrição e pela extinção da punibilidade, só me resta concordar com S. Exa.

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Medina, Odilon Ferreira e Kelsen Carneiro.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA E, EM CONSEQÜÊNCIA, DE OFÍCIO, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

-:::-

**DESMATAMENTO - DESTOCAMENTO - CORTE DE ÁRVORE - FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - INEXISTÊNCIA DE PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE - CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 26, *A* E *B*, DO CÓDIGO FLORESTAL - CONFIGURAÇÃO - LEVANTAMENTOS REALIZADOS PELOS AGENTES DO IEF - PROVA TÉCNICA ELABORADA NO INQUÉRITO - ART. 33 DA LEI N° 4.771/65 - ART. 6°, VII, DO CPP - INTELIGÊNCIA**

**- Efetuar desmatamento, destocamento e corte de árvores, inclusive de espécimes raras, destruindo e danificando floresta de preservação permanente, ou mesmo aquelas florestas ainda em formação, sem permissão da autoridade competente, constitui infração penal dos tipos previstos nas letras *a* e *b* do art. 26 da Lei n° 4.771/65 (Código Florestal).**

**- O art. 33 da Lei n° 4.771/65 (Código Florestal) confere aos agentes do IEF a atribuição de realizar levantamentos relativos a contravenções penais previstas no art. 26 do mesmo diploma legal, e o art. 6°, inciso VII, do CPP, recomenda-o desde o inquérito.**

**- A prova técnica elaborada no inquérito é definitiva, ainda que comporte ou possa comportar prova da mesma natureza.**

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA N° 84.988/5 - Comarca de Bonfim - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE A DENÚNCIA E, DE OFÍCIO, EM FACE DE PENA APLICADA, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

Belo Horizonte, 08 de junho de 1999. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes, pelo Ministério Público, o Dr. Gilberto Mendonça, que se absteve de falar, e, pelo denunciado, o Dr. Maurílio José Trigueiro, que proferiu sustentação oral.

*O Sr. Des. Gomes Lima* - Senhor Presidente. Ouvi com atenção a sustentação que acabou de ser proferida da tribuna. Tenho voto escrito, que passo a ler.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Procurador-Geral de Justiça, ofereceu denúncia contra José Pinto Moreira, ex-Prefeito do Município de Piedade dos Gerais, Comarca de Bonfim, alegando que o mesmo, durante sua gestão, em maio de 1994, em sua Fazenda "Carrapicho" ou "Cascalho", sem a devida licença, efetuou:

1) desmatamento e destocamento de 02,50,00 ha, atingindo e danificando 00,70,00 ha de floresta de preservação permanente e comprometendo duas nascentes de água;

2) derrubada de espécimes de jacarandá, pau-de-óleo, camará e candeia; e

3) construção de duas barragens.

Por isso, a conduta do denunciado foi tipificada no art. 26, letras *a* e *b*, da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal).

A denúncia foi recebida, conforme se vê às fls. 124-128-TJ.

Citado, foi o denunciado interrogado e ofereceu defesa prévia, negando parcialmente os fatos e oferecendo rol de testemunhas - *vide* fls. 154-156-TJ.

Procedeu-se à instrução, tendo sido ouvidas testemunhas - *vide* fls. 189 e 190, 219-220 e 257-258-TJ.

A terceira testemunha de defesa, Domingos Cardoso dos Santos, de livre apresentação, não compareceu e, com isso, não foi ouvida.

Sobre essa testemunha nada disse ou requereu o denunciado à fl. 209-TJ ou na fase de diligências.

Em razões finais, o Ministério Público pediu a procedência da denúncia, dizendo que há prova suficiente para tal.

Por sua vez, o denunciado feriu apenas matéria de mérito em sua busca de improcedência da denúncia e de absolvição. Disse o denunciado que inexiste prova técnica de destruição ou danificação de floresta de preservação permanente ou em formação, negando a ocorrência de corte de madeira de lei. Esclareceu o denunciado que, em abril de 1987, detinha ele autorização para desmatar e queimar lenha para carvão em 03,70,00 ha de terra de duas glebas interligadas, compostas de cerradinho e campo, respeitando a reserva estipulada no *croquis* de fl. 119 e no termo de fl. 118-TJ.





Explicou ele que a área vazia resultante foi ocupada com lavoura de milho e feijão até 1994, quando optou pela formação de pasto, depois de proceder à aração devida, concluindo por dizer que não invadiu o espaço da reserva e não prejudicou manancial de água algum.

Quanto às barragens, asseverou o denunciado que as mesmas foram construídas em 1987, na época do desmatamento, esclarecendo que em 1994 apenas foram elas reforçadas.

E, mais, disse o denunciado que na região não existe candeia, que o jacarandá é do tipo branco, próprio para lenha, o mesmo acontecendo com o pau-de-óleo, e, por fim, quanto ao camará, ele só serve como poste de cerca, e a aroreira é da espécie "brava", aquela que provoca irritação na pele.

Este, o relatório.

A partir de uma denúncia anônima, os patrulheiros Cabo PM Antônio Eustáquio e o Soldado PM Odair Eustáquio, da Polícia Florestal, compareceram às terras do então Prefeito, onde constataram prática do que o boletim de ocorrência denominou "degradação ambiental" - *vide* fl. 03-TJ.

O que se viu foi que o desmatamento e o destocamento atingiram três (3) nascentes de água, com comprometimento sério de duas (2) delas, além da presença de duas (2) barragens. O que se vê às fls. 28 e 29, bem como 189 e 190-TJ, ou seja, o que se vê no inquérito policial e em Juízo confirma essa constatação. O desmatamento era recente - *vide* fl. 189-TJ. Aos patrulheiros, o denunciado informou que desconhecia a necessidade de se ter licença para desmatar e que agira na convicção de que não iria prejudicar as nascentes.

O parecer técnico de fl. 07-TJ confirmou a devastação e, inclusive, identificou, entre os destroços, madeiras como jacarandá, pau-de-óleo, camará e candeia, bem como certificou que as nascentes foram afetadas.

O destocamento foi anotado no termo de constatação de fl. 80-TJ, do Instituto Estadual de Florestas, que o considerou à margem da autorização legal.

O mapa ilustrativo de fl. 81-TJ, devidamente legendado, retrata com fidelidade a situação denunciada. Ricardo Augusto Carreira, funcionário público estadual, técnico vistoriador de exploração florestal junto ao IEF, negou, à fl. 32-TJ, que tivesse autorizado o desmatamento em área de preservação permanente.

Ora, ainda que se retorne aos idos de 1987, ainda assim, inexiste nos autos qualquer instrumento de autorização para as práticas denunciadas.

O documento de fl. 117-TJ, oriundo da Cidade de Piracema e datado de 29 de junho de 1990, apenas serve para mostrar que àquela época havia um processo em andamento, alusivo à liberação para produção de carvão, processo, por sinal, pendente de cumprimento de algumas exigências.

O documento de fl. 118-TJ, indicado pelo denunciado em sua defesa, constitui justamente prova de que a área era caracterizada como de preservação permanente.

A mim me parece inegável que a prova existente nos autos desnatura, desfigura e se choca com o excesso de boa vontade de testemunhas arroladas pelo denunciado, como José Resende de Oliveira (fls. 257 e 258-TJ) e Pedro Levindo (fl. 219-TJ), que afirmaram que a gleba não dispunha da madeira de lei indicada e que a reserva não fora atingida.

Observe-se que o mapa de fl. 82-TJ é, simplesmente, conclusivo a respeito desse assunto.

Enfim, a autoria e a materialidade não ensejam dúvida alguma.

A crítica feita pelo denunciado aos levantamentos do IEF não se presta para inviabilizá-los, para retirar-lhes ou diminuir-lhes o valor.

O art. 33, letra *b*, do Código Florestal, confere a seus agentes essa atribuição, e o art. 6°, inciso VII, do Código de Processo Penal, a recomenda desde o inquérito.

Como se sabe, a prova técnica elaborada no inquérito é definitiva, ainda que comporte ou possa comportar contraprova de mesma natureza, mas disso não cuidou o denunciado, ou seja, descuidou-se ele do que lhe permitia o art. 184 do Código de Processo Penal.

O denunciado é primário, e a condenação que sofreu em 1969 por infração do art. 132 do Código Penal, infração de mera conduta, foi declarada prescrita por sentença de 1° de novembro de 1971.

Consta contra o denunciado outro PCO, o de n° 65.832/8, que trata de delito de nomeação irregular de funcionário, mas que não lhe afeta a primariedade, seja porque se trata de feito em andamento, seja porque nem PCO é na realidade, pois não houve ainda recebimento de denúncia.

Certo é que, sopesando os valores e alcance das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, entendo que as mesmas favorecem o denunciado, que é, ao que se sabe, bom cidadão, social e familiarmente falando, pessoa de atitudes equilibradas, trabalhador.

Estando o denunciado incurso nas sanções do art. 26, letras *a* e *b*, do Código Florestal, julgo procedente a





denúncia, fixando-lhe a pena-base em três (3) meses de prisão simples, pena que se concretiza e se torna definitiva.

Embora a violação da lei tenha atingido, como disse acima, a letra *b* do art. 26 do Código Florestal, não vejo nessa sucessão ou concomitância de atos dois (2) crimes autônomos, ensejadores de duas (2) penas.

Vejo na situação dos autos oportunidade de se aplicar a lição de VICENTE GRECO FILHO, referente a ilícitos de ação múltipla ou de conteúdo variável, e que diz: "*Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único, se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada*". (*Tóxicos - Prevenção - Repreensão*, Editora Saraiva, 1991, p. 75 e 76.)

Foi isso o que aconteceu na narrativa dos autos. Sem dúvida, a conduta geral absorve a particular.

Acredito, por sinal, que foi por estar imbuído dessa noção que o Procurador-Geral de Justiça deixou de se referir ao art. 69 ou ao art. 71 do Código Penal.

Pague o réu as custas do processo.

Se desejar recorrer desta decisão, poderá o réu fazê-lo em liberdade.

Diante da pena imposta, é de se ver que já ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, motivo por que declaro extinta a punibilidade a favor de José Pinto Moreira, para todos os fins de direito.

Façam-se as anotações e comunicação de praxe.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Medina, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro e Mercêdo Moreira.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE A DENÚNCIA E, DE OFÍCIO, EM FACE DA PENA APLICADA, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

-:::-

**PRISÃO DOMICILIAR - CUMPRIMENTO DA PENA - PEDIDO - SENTENCIADOS COM IDADE SUPERIOR A 70 ANOS - PECULIARIDADE DO CASO - EXAME DIFERENCIADO - CONCESSÃO**

**- A inexistência de casa de albergado não pode impor ao condenado regime mais rigoroso; caso contrário, afrontar-se-á o princípio da legalidade com flagrante desrespeito do título executório.**

**- Na falta de local próprio, por analogia e precariamente, recomenda-se a prisão domiciliar, enquanto inexistente o local próprio.**

**- Condenado um ancião, com 84 anos de idade, à falta de condições para o cumprimento da pena no regime semi-aberto, não constitui heresia alguma o deferimento ao mesmo de uma prisão domiciliar, sob condições.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 127.255/8 - Comarca de Bocaiúva - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Recurso de agravo - Decisão de primeiro grau que defere a dois sentenciados, com idade superior a 70 anos (um dos quais com mais de 80 anos), o cumprimento da pena em "prisão domiciliar" - Peculiaridade do caso, merecendo exame diferenciado - Recurso ministerial desprovido. - "Evidente a inadequação entre a lei de execução da pena e a realidade brasileira. A inexistência de casa de albergado não pode impor ao condenado regime mais rigoroso; caso contrário, afrontar-se-á o princípio da legalidade, com flagrante desrespeito do título executório. Na falta de local próprio, por analogia e precariamente, recomenda-se a prisão domiciliar, enquanto inexistente o local próprio" (STJ - Recurso de *Habeas Corpus* nº 6.666, de São Paulo).

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 15 de junho de 1999. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - O Dr. Promotor de Justiça, não satisfeito com a decisão de primeiro grau que deferiu aos dois sentenciados, Cirilo Rosa de Araújo e Maria Fernandes Alves, a possibilidade de cumprirem as respectivas penas em prisão domiciliar, pugna por sua reforma.

Salienta o ilustre representante do Ministério Público que o primeiro foi condenado ao cumprimento da pena definitiva de 6 anos de reclusão, em regime semi-aberto, e a segunda, ao cumprimento da pena final de 4 anos de reclusão, em regime aberto, e que o simples fato de serem maiores de 70 anos de idade não serve para o agasalho da "benesse" concedida no juízo de origem.

Devidamente processado o recurso, a douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 60/62, opinou por seu conhecimento e provimento.

É o sucinto relatório.

Conhece-se do recurso ministerial, presentes seus pressupostos.

Primeiramente, impõe-se dizer que o recorrente visa buscar a modificação da decisão de primeiro grau em referência a dois sentenciados, a saber: Cirilo Rosa de Araújo e Maria Fernandes Alves. No que concerne ao sentenciado Armelindo Fernandes de Araújo, apesar de citado na peça recursal, nota-se que no juízo de origem não se deferiu ao mesmo a "prisão domiciliar", e, sim, o "início da execução da pena no regime semi-aberto..." (*vide* explicitação do Magistrado à fl. 57).

A sentença penal condenatória em execução (fls. 10) estabeleceu para o sentenciado Cirilo Rosa de Araújo a pena final correspondente a 6 anos de reclusão, em regime semi-aberto. Para a sentenciada Maria Fernandes a pena foi fixada em definitivo no patamar de 4 anos de reclusão, em regime fechado. O primeiro, nascido em 18/01/15 (fls. 72 do processo principal), já completou a idade de 84 anos. A segunda, nascida em 26/12/26 (fls. 55), já alcançou a idade de 72 anos. Duas pessoas, portanto, com idade avançada.

Quanto à concessão da prisão domiciliar à mulher (Maria Fernandes), a questão é bastante simples e não demanda maiores incursões. Afinal, tendo sido condenada à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, tem perfeita aplicação o que reza o art. 117, inciso I, da LEP, isto é, sendo o condenado maior de 70 anos, cumprindo pena em regime aberto, é facultado o seu recolhimento em residência particular.

Quanto ao homem (Cirilo), a questão tem aspectos peculiares e que não podem merecer exame superficial com a simples leitura de algum dispositivo legal, como pretende fazer o recorrente. Não é em qualquer processo e em qualquer comarca que se depara com um sentenciado cumprindo uma pena de 6 anos de reclusão, em regime semi-aberto, com a avançada idade de 84 anos. Se o Juiz perder o senso da realidade, aplicando cegamente a lei sem voltar os olhos para a singularidade do caso, poderá determinar ao sentenciado uma espécie de "prisão perpétua".

"Condenado o réu a cumprir pena em regime semi-aberto, não pode o mesmo ser mantido em regime fechado, enquanto espera vaga no estabelecimento adequado, resultando em constrangimento ilegal" (STJ - *in Minas Gerais* de 03/04/98). Pode-se adaptar o julgado acima para a espécie em estudo, dizendo que, condenado um ancião, com 84 anos de idade, à falta de condições para o cumprimento da pena no regime semi-aberto, não constitui heresia alguma o deferimento ao mesmo de uma prisão domiciliar, sob condições.

Importante ressaltar o que relatou o digno Juiz, à fl. 57: "sabe-se, ainda, que nesta comarca não existe casa de albergado digna de receber dois velhinhos com estado de saúde precário".

Nega-se, assim, provimento ao recurso.

Custas, como de lei.

*O Sr. Des. Zulman Galdino* - De acordo.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - De acordo.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

## *SURSIS* - MINISTÉRIO PÚBLICO - FAC (FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS) - CERTIDÃO CRIMINAL - PEDIDO DE JUNTADA - INDEFERIMENTO - TRANSCURSO DO PRAZO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE

**- Tratando-se de *sursis*, deve o juiz da execução, antes de decretar a extinção da punibilidade, verificar se o beneficiário praticou outros crimes no decurso do período probatório, passíveis de resultar na prorrogação ou na revogação do favor legal. E só depois de vencido o prazo probatório é que se pode realizar o levantamento completo do sentenciado, pois, até no último dia do prazo do benefício, é possível que ele venha a perpetrar novo crime. Portanto, é nula a decisão que julga extinta a punibilidade, pelo decurso do prazo probatório, sem o atendimento da diligência requerida pelo Ministério Público, no sentido de serem juntadas a FAC - folha de antecedentes criminais e a certidão sobre a existência ou não de novas condenações contra o sentenciado.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 143.204/6 - Comarca de Contagem - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Penal - Suspensão condicional da pena - Indeferimento do pedido de juntada de FAC (ficha de antecedentes criminais) e certidões criminais do acusado antes de ser declarada extinta a pena aplicada - Decisão que julga extinta a punibilidade pelo transcurso do prazo do *sursis* - Impossibilidade. - É equivocado o entendimento do Magistrado de que a revogação ou prorrogação do *sursis* só pode ocorrer durante o período de prova.

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, 05 de agosto de 1999. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Roney Oliveira* - Conheço do recurso.

Com fincas no artigo 197 da Lei de Execuções Penais, agrava o representante do Ministério Público contra a decisão de fls. 20, da lavra do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, porquanto S. Exª houve por bem decretar a extinção da pena, pelo cumprimento das condições do *sursis*, sem atentar para as diligências requeridas pelo agravante (conforme decisão agravada, fls. 20, e parecer de fls. 19).

Opina a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento recursal.

É o relatório.





O artigo 81 e seu § 2º do Código Penal prevêem a necessidade de se verificar, antes do decreto de extinção da pena, se o beneficiário do *sursis* não praticou outros crimes no curso do período probatório, passíveis de resultar na prorrogação ou revogação do benefício concedido.

Essa verificação só é possível com a juntada da FAC (folha de antecedentes criminais) e certidões criminais expedidas pelos cartórios ao final do período de prova, pelo que razão assiste à Promotoria de Justiça ao pleitear a juntada desses documentos.

Sem o cumprimento dessa diligência, não se sabe se foi ou não prorrogado ou revogado o período de prova, tornando-se açodada a declaração judicial de extinção da pena aplicada.

Sobre o assunto, decidiu o TACRIM de São Paulo:

"Só depois de vencido o período probatório, o juiz das execuções criminais pode efetuar um levantamento completo do comportamento do sentenciado e verificar a observância das condições. Positivada, nessa oportunidade, a concessão ilegal do benefício, ou a ocorrência de motivos que obriguem a sua revogação, há que torná-lo sem efeito, embora vencido o período de prova" (*HC* - Rel. Geraldo Pinheiro - *RT*, 457/355).

Noutro julgamento, decidiu, ainda, o mesmo Tribunal, conforme excelente jurisprudência trazida à colação pelo apelante em suas razões recursais:

"É só depois de vencido o período probatório que se pode realizar o levantamento completo do comportamento do sentenciado e se verificar se houve observância das condições do *sursis*, mesmo porque ele pode perpetrar novo crime até no último dia do prazo do benefício" (Recurso de agravo - Rel. Hélio de Freitas - *JUTACRIM*, 89/207).

Não se pode negar vigência ao artigo 81 e seu § 2º do Código Penal, ainda não revogados por qualquer outro dispositivo legal.

Oportuno, ainda, o seguinte julgado, trazido à colação pelo Ministério Público:

"Nula é a decisão que julga extinta a punibilidade de condenado, pelo decurso do prazo probatório do *sursis*, desatendendo à diligência requerida previamente pelo Ministério Público, objetivando a requisição dos antecedentes criminais do mesmo. Isto porque, ainda que o juiz tome conhecimento de outro processo após vencida a condição temporal do *sursis*, o prazo da suspensão originariamente fixado terá que ser havido como prorrogado até o julgamento definitivo desse processo" (TACRIM-SP - RA - Rel. Leite Cintra - *RT*, 611/356).

Pelo exposto, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso e declaro nula a decisão de primeiro grau, que

decretou a extinção da pena aplicada ao recorrido, devendo ser acolhido o pleito do apelante, no sentido da juntada da FAC e de certidão sobre a existência ou não de novas condenações contra o sentenciado, ora apelado.

Após o cumprimento de tais diligências e a manifestação da Promotoria, o Juiz da Execução decidirá como de direito.

Custas recursais, conforme a lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores Herculano Rodrigues e José Arthur.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**PRISÃO DOMICILIAR - CONDENADO - REGIME PRISIONAL FECHADO - DOENÇA GRAVE - INEXISTÊNCIA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESVIO DE EXECUÇÃO**

**- A prisão domiciliar é incompatível com o regime prisional fechado, somente sendo permitida ao preso que cumpra pena em regime aberto (art. 117 da LEP). Se, além disso, resulta demonstrado não estar o condenado acometido de doença grave ou incurável, a concessão da prisão na própria residência caracteriza-se como desvio de execução, a reclamar a revisão da medida.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 145.106/1 - Comarca de Lavras - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial: Regime fechado - Prisão domiciliar - Impossibilidade - Doença não grave - Desvio de execução. - A prisão domiciliar é incompatível com o regime fechado, somente sendo permitida ao preso que cumpra pena em regime aberto (art. 117 da LEP). Se, além disso, resulta demonstrado não estar ele acometido de doença grave ou incurável, fica caracterizado o desvio de execução, a reclamar a revisão da medida. - Recurso do Ministério Público provido para cassar a concessão da prisão domiciliar e determinar o restabelecimento da situação anterior.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de maio de 1999. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. José Arthur* - José





Maria Garcia de Andrade foi processado na Comarca de Lavras, restando considerado incurso nas penas do art. 213 do CP e condenado à pena privativa de liberdade de seis anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, conforme decisão refletida pelo v. acórdão de fls. 10/16, estando a cumpri-la na Cadeia Pública de Luminárias.

Posteriormente, em razão de problemas de saúde apresentados pelo sentenciado, houve o MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais por deferir-lhe a prisão domiciliar (fls. 22).

Contudo, era ele funcionário da Prefeitura Municipal de Luminárias, e o Senhor Prefeito pretendia o seu retorno ao antigo trabalho (fls. 25/26), o que foi devidamente autorizado pelo MM. Juiz (fls. 27).

Entendendo que o caso se caracterizava como desvio de execução, o Dr. Promotor de Justiça requereu a devida correção, mas, pressentindo a negativa por parte da ilustrada Autoridade Judiciária, manifestou imediato desejo de recorrer (fls. 43/44), produzindo de pronto as suas razões (fls. 2/5). Dizendo que a medida é ilegal, quer o recolhimento do preso para cumprimento de sua pena.

Contra-arrazoou o recorrido (fls. 7/8), batendo-se pelo acerto e mantença da r. decisão. Argumenta que o sentenciado tem direito ao livramento condicional.

Estava certo o digno representante do Ministério Público em seu pressentimento, e o MM. Juiz manteve seu posicionamento em juízo de retratação (fls. 45 e 47).

Subiram os autos para reexame e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustre Procurador Dr. Alceu José Torres Marques, opina pelo provimento do recurso (fls. 53/55).

Sintético, passo à decisão.

Conheço do recurso, porque apropriado, tempestivo e regularmente processado.

Coberto de razão o ilustrado membro do *Parquet*.

A situação do sentenciado apresenta-se com dupla irregularidade. Foi ele condenado a cumprir pena em regime inicialmente fechado, e essa condição não sofreu qualquer modificação. Como a concessão da prisão domiciliar somente é permitida aos condenados que estejam a cumprir pena em regime aberto (art. 117 da LEP), verifica-se de imediato a impossibilidade da medida deferida. Flagrante, assim, a ilegalidade do benefício concedido, caracterizando desvio de execução.

De outro turno, tem direito a prisão na própria residência "*o condenado acometido de doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura, que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente*" (FABBRINI MIRABETE, *Execução Penal*, Atlas, 4ª ed., 1991, p. 312).

Assevera o recorrente "*que o condenado não está acometido de doença grave* (*tanto que trabalha no matadouro*)", e esta constatação vem expressa no relatório médico de fls. 30, demonstrando, mais uma vez, que ele não poderia estar cumprindo pena em residência particular.

É patente o desvio de execução, e a situação do sentenciado há de ser revista.

Assinalo apenas que o livramento condicional a que o recorrido afirma ter direito não obsta ao seu retorno à trilha regular da execução penal.

Em face do exposto, dando provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público, casso a concessão da prisão domiciliar e determino o restabelecimento do *status quo ante.*

A decisão, obviamente, não atinge o trabalho externo mantido pelo recorrido, já que plenamente compatível com o regime fechado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Tinôco e Alves de Andrade.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

## REGIME PRISIONAL - REGRESSÃO - TRANSFERÊNCIA DE REGIME ABERTO PARA FECHADO - ADMISSIBILIDADE - ART. 118 DA LEI Nº 7.210/84 - INTELIGÊNCIA

**- O disposto no art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal, permite a regressão prisional para qualquer dos regimes mais rigorosos, se o condenado praticar fato definido como falta grave, cabendo ao juiz analisar a necessidade da transferência do regime aberto para o fechado, diretamente, tendo em vista as circunstâncias da falta cometida pelo detento e sua situação pessoal.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 145.907/2 - Comarca de Frutal - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Regime prisional - Regressão - Transferência do regime aberto para o fechado - Admissibilidade. - O dispositivo do art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal, permite a regressão prisional para qualquer dos regimes mais rigorosos. - A necessidade da transferência do regime aberto para o fechado, diretamente, deve ser analisada pelo julgador, tendo em vista as circunstâncias da falta cometida pelo detento e sua situação pessoal.

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, 17 de junho de 1999. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Herculano Rodrigues* - Na Comarca de Frutal, Jesus Donizete de Oliveira, já qualificado, foi recolhido à cadeia pública local, em razão da regressão de seu regime prisional, de aberto para fechado.

Irresignado com a decisão primeva, interpôs recurso de agravo. Nas razões de fls., alega que os fatos de indisciplina noticiados por populares à autoridade eram praticados pelo albergado Walter Donizete Prado e, no mais, que o regime imposto é por demais severo. Ao final, requer a manutenção do regime aberto ou que a regressão se dê para o regime semi-aberto.

Foram ofertadas contra-razões, que abraçam a decisão hostilizada.

Mantido o juízo de retratação, vieram os autos à instância superior, onde a Procuradoria de Justiça, em parecer de fls., opinou pelo desprovimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

Exsurge dos autos que Jesus Donizete de Oliveira teve seu regime prisional regredido em virtude de informações várias, vindas de populares, noticiando que os presos albergados, dentre os quais o recorrente, não cumpriam as reprimendas que lhes foram impostas, desrespeitando o horário de recolhimento ao estabelecimento, provocando desordens na rua e até dando tiros a esmo, além de estarem usando e traficando drogas e de levarem mulheres para dentro da casa de albergado.

Os fatos denunciados foram, em parte, confessados pelo próprio agravante, como se vê à fl. 36:

"que de fato estava cometendo atos de indisciplina no albergue local, se recolhendo tarde, ou seja, fora do horário determinado, 20:00 horas, chegando sempre alcoolizado, pois estava bebendo demais; que por duas vezes recebeu mulheres no albergue; que de fato por uma vez saiu de madrugada do albergue para ir até sua casa; (...) que estava no albergue há 05 meses e de um mês para cá é que estava cometendo os fatos deste incidente; (...); que somente o declarante, o Cesinha e Walter Prado é que levavam mulheres para pernoitar no albergue (...)".

Destarte, restou comprovada a ocorrência de fatos caracterizadores de falta disciplinar grave, e, em assim sendo, a regressão prisional era mesmo de rigor, sob pena de se frustrarem totalmente as finalidades da pena.

Registre-se que a regressão, na forma do art. 118, *caput*, da Lei de

Execução Penal, se faz com a transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos, não havendo, portanto, óbice legal à imposição do regime fechado na espécie.

Eis a lição de MIRABETE:

"Se de um lado é imprescindível dotar a pena privativa da liberdade de progressão, que viabiliza ao condenado vislumbrar a possibilidade futura de vida livre, por outro não se deve enfraquecer a repressão social. Em caso de não se adaptar o condenado ao regime semi-aberto ou aberto, demonstrando a inexistência da sua reintegração social, fica o condenado também sujeito à regressão. Constitui-se esta na transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos quando: praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e, na hipótese de se encontrar em regime aberto, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. Referindo-se a lei a transferência para 'qualquer' regime mais rigoroso, possibilita regressão do regime aberto diretamente para o fechado. Cabe ao juiz, examinando a causa da regressão, determinar para qual regime será transferido o condenado que se encontra em prisão albergue ou domiciliar" (*Execução Penal - Comentários à Lei nº 7.210, de 11/07/84*, Editora Atlas, 5ª edição: 1992, p. 297).

Por fim, observo que a escolha do regime (fechado) foi fundamentada e atende às circunstâncias individuais do caso e do preso, que se encontra condenado por tentativa de homicídio e diversos delitos de furto.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Arthur e Paulo Tinôco.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - PROGRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - ART. 1º, § 7º, DA LEI Nº 9.455/97 - INTELIGÊNCIA**

**- A Lei nº 9.455/97 não revogou a Lei nº 8.072/90, no que pertine ao cumprimento das penas, não tendo direito à progressão de regime prisional os condenados por crimes considerados hediondos (exceto o de tortura), consoante Súmula nº 49 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG, bem como precedentes do STF e do STJ.**





RECURSO DE AGRAVO Nº 146.057/5 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Processual penal - Regime de cumprimento de pena - Progressão - Crime hediondo - Regime integralmente fechado - Lei nº 8.072/90 - Lei nº 9.455/97. - A Lei nº 9.455/97 não revogou a Lei nº 8.072/90 no que pertine ao cumprimento das penas. - Os condenados por crimes considerados hediondos (exceto o de tortura) não têm direito à progressão de regime. - Súmula nº 49 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG. - Precedentes do STF e do STJ. - 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, 17 de agosto de 1999. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Trata-se de recurso de agravo interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo de execução penal do sentenciado Onofre Miguel Filho, condenado na Comarca de Itajubá à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, *a*, do Código Penal, visto discordar o zeloso Promotor de Justiça da decisão que deferiu ao condenado, pela prática de crime hediondo, progressão ao regime semi-aberto, com autorização para o trabalho externo (fls.36-TJ).

Requer o agravante, em síntese, seja reformada a decisão, que concedeu o benefício para o agravado, para que o mesmo cumpra a pena, conforme determina o art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.072/90, em regime integralmente fechado.

O recurso foi contra-arrazoado, tendo o MM. Juiz mantido a decisão.

Nesta instância, opina a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Alexandre Carvalho, pelo seu conhecimento e improvimento.

É, em resumo, o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos do juízo de sua admissibilidade.

No caso concreto, plena razão assiste ao zeloso Dr. Promotor de Justiça quando discorda da decisão hostilizada, visto que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, parágrafo primeiro, que os delitos nela arrolados, entre os quais aquele pelo qual se viu o réu, ora agravante, condenado, devem ser punidos

com o rigor do regime integralmente fechado.

É verdade que a Lei nº 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, revogou em parte o citado art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ao estabelecer que o condenado por crime nela previsto, ou seja, de tortura, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Porém, está dito de forma expressa, no mesmo dispositivo, que o benefício se aplica ao "*condenado por crime previsto nesta lei*".

Assim, a novidade, com a vênia devida, ao contrário do entendimento manifestado pelo ilustre e culto Procurador de Justiça, somente se aplica, restritivamente, ao crime previsto naquele diploma.

Se há norma expressa, esclarecedora da restrição quanto aos demais crimes ditos hediondos, determinando que as penas para eles cominadas sejam cumpridas integralmente no regime fechado, não poderá o juiz dispor de maneira contrária.

Pretender o julgador estender o benefício aos demais crimes, terminará por substituir-se ao legislador, ferindo o princípio da independência dos Poderes.

Sobre o assunto necessário esclarecer que a matéria já foi submetida, por várias vezes, ao crivo do colendo Supremo Tribunal Federal (a quem cabe dar a palavra final na interpretação das leis e da Constituição), e em todas a solução foi diferente daquela acatada pela douta Procuradoria de Justiça.

"*Habeas corpus. - Improcedência das alegações de inépcia da denúncia (que está, inclusive, preclusa ante a sentença condenatória), de vícios no auto de prisão em flagrante (questão que não repercute na validade da ação penal) e da atuação dos intérpretes, de deficiência de fundamentação da sentença condenatória, de insuficiência do conjunto probatório para a condenação, e do ataque à vedação da progressão de cumprimento da pena (inexistindo, também, a pretendida revogação dessa vedação pelo art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97). - Habeas corpus indeferido*". (STF - *HC* nº 75.858/2-MS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 27/02/98, p.02.)

"Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Concurso de agentes. Pena-base. Majoração da pena (arts. 12, 14 e 18, III, da Lei nº 6.368/76). Regime de cumprimento de pena: integralmente fechado (Leis nº 8.072/90, art. 1º, e nº 9.455, de 07/04/97, art. 1º, § 7º). Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. *Habeas corpus*.

*Alegação de*:

a) *falta de fundamentação no acréscimo da pena-base*;

b) *indevida incidência da majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes*;





c) *descabimento do regime integralmente fechado, no cumprimento da pena*:

1 - *Não procede a alegação de falta de fundamentação no acréscimo da pena-base, pois o aresto, para isso, levou em consideração a 'grande quantidade' de cocaína, objeto do tráfico, o que, naturalmente, evidencia a periculosidade dos agentes, pondo a coletividade em risco muito maior do que se se tratasse de apenas alguns gramas de tóxico. Precedentes.*

*Ressaltou, igualmente, o julgado que, no veículo utilizado, há 'um compartimento preparado para o transporte', o que mostra o propósito de se dificultar sua localização e, conseqüentemente, a apuração do delito, circunstância judicial igualmente considerável.*

*É de se concluir, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mas com fundamentação adequada.*

2 - *Improcede, igualmente, a alegação de que a majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, não poderia ter sido aplicada à espécie.*

*O acórdão fundamentou-a corretamente, pois, se não houve o crime autônomo de associação, como previsto no art. 14, caracterizou-se, pelo menos, o concurso de agentes de que trata o inciso em questão. Precedentes.*

3 - *Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição do regime fechado.*

*A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5º, estabeleceu: a lei considerará 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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

*Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.*

*A Lei nº 8.072, de 26/07/1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (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, e genocídio; tentados ou consumados).*

*No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de*:

I) *anistia, graça ou indulto*;

II) *fiança e liberdade provisória.*

*E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.*

*Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.*

*4 - A Lei nº 9.455, de 07/04/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º esclarece: 'o condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado'.*

*Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.*

*Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.*

*Ora, se a lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.*

*5 - De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.*

*Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo juiz, como intérprete da lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.*

*6 - A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.*

*Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07/04/1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.*

*Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.*

*7 - HC indeferido".* (STF- *HC* nº 76.543/5-SC, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 17/04/98, p.06.)

No mesmo sentido: *HC* nº 76.867/1-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJU* de 22/05/98, p. 05); *HC* nº 77.117/0-SP, Rel. Min. Carlos Velloso (*DJU* de 14/08/98, p. 07); *HC* nº 77.368/2-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (*DJU* de 14/08/98, p. 07); *HC* nº 77.023/5-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (*DJU* de 14/08/98, p. 06); *HC* nº 76.991/8-MG, Rel. Min. Carlos Velloso (*DJU* de 14/08/98, p. 06); *HC* nº 76.949/1-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (*DJU* de 14/08/98, p. 06); *HC* nº 76.511/6-SP, Rel. Min. Sydney Sanches (*DJU* de 18/09/98, p. 04); *HC* nº 77.384/8-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso (*DJU* de 06/11/98, p. 04) etc...

A questão acabou sendo levada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal e outra não foi a solução (*HC* nº 76.860/1-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 22/05/98, p. 05).

O próprio Superior Tribunal de Justiça reformulou seu entendimento e em data recente negou a progressão, confirmando a subsistência da Lei nº 8.072/90 (R*HC* nº 7.347-MG, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 08/06/98, p. 180 e *HC* nº 7.226-SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 22/06/98).

É oportuno que se diga que, outorgando-se ao Supremo Tribunal Federal, como instância derradeira, o poder de unificar a jurisprudência, estar-se-á dando fim à possibilidade de cada tribunal, cada câmara e cada juiz, ter sua "jurisprudência" própria, transformando o arcabouço jurisprudencial numa verdadeira "torre de babel".

Evita, outrossim, que marginais de altíssima periculosidade, como assaltantes a mão armada, traficantes internacionais de droga, estupradores da pior estirpe, sejam recambiados ao convívio social pouco tempo depois da condenação.

Por isso é que esta Primeira Câmara Criminal já consolidou na Súmula nº 49 de sua jurisprudência predominante o verbete: "*A Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), razão pela qual não cabe progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, exceto o de tortura*" (*Minas Gerais* de 16/03/99).

Assim, pedindo vênia à douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso, para revogar a progressão concedida ao condenado, que deverá cumprir a pena que lhe foi imposta em regime integralmente fechado.

Custas, na forma da lei.

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo.

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**LIVRAMENTO CONDICIONAL - CONDIÇÕES LEGAIS IMPOSTAS - SENTENCIADO - NÃO-CUMPRIMENTO - REVOGAÇÃO - ART. 87 DO CP - APLICAÇÃO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO E MÁ-FÉ DO RECORRENTE - POSSIBILIDADE - RECEBIMENTO COMO AGRAVO**

**- Tratando-se de incidente decidido pelo Juízo da Execução, estando a desafiar, nos termos do art. 197 da LEP, recurso de agravo, e não recurso em sentido estrito, pode aquele ser recebido pela aplicação do princípio da fungibilidade, desde que não se verifique má-fé do recorrente e não se mostre grosseiro o erro na interposição, como na espécie, considerando o contido no art. 581, inciso XII, do CPP.**

**- Revoga-se o livramento condicional na forma do art. 87 do CP, se restar provado que o sentenciado não cumpriu as obrigações legais que lhe foram impostas quando da concessão, demonstrando que não tem ainda condições de conviver no meio social.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 150.542/9 - Comarca de Carlos Chagas - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Livramento condicional - Revogação - Não-cumprimento pelo sentenciado das condições que lhe foram impostas - Art. 87 do Código Penal - Decisão confirmada.

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, 17 de agosto de 1999. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - Trata-se de recurso em sentido estrito, autuado neste Tribunal como agravo, manifestado pelo sentenciado João Ferraz de Lima Filho contra a decisão, vista em cópia às fls. 05/06, que lhe revogou o benefício do livramento condicional.

Pretende o recorrente a reforma da decisão. Sustenta, em síntese, que não descumpriu as condições que lhe foram impostas quando da concessão do benefício, sendo inverídicas as anotações constantes dos boletins de ocorrência lavrados por seu inimigo notório Cabo PM João Luiz Basso.

Contra-minutado o recurso e mantida a decisão pelo despacho de fls. 85, subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo improvimento.

É o relatório sucinto.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Inicialmente, observo que a decisão atacada se refere a incidente decidido pelo Juízo da Execução, estando a desafiar, nos termos do art. 197 da LEP, recurso de agravo, e não recurso em sentido estrito, como foi apresentado.

No procedimento do recorrente não se verifica ato de má-fé.





Como bem afirmou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Renato Martins Jacob, "... o erro, que ora se aponta, não se mostra grosseiro, especialmente se considerado que o artigo 581, inciso XII, do Código de Processo Penal, ainda mantém disposição sobre a matéria, indicando o recurso em sentido estrito como próprio a desafiar as decisões que concedem, negam ou revogam livramento condicional".

Sendo assim, em nome do princípio da fungibilidade, conheço do recurso como sendo de agravo, presentes os demais requisitos condicionantes de admissibilidade.

No caso, pelo que se constata dos autos, o beneficiado do livramento condicional, ora agravante, não cumpriu as obrigações legais que lhe foram impostas quando da concessão, demonstrando, claramente, que não tem ainda condições de conviver no meio social.

Vários foram os motivos levados em conta pelo MM. Juiz *a quo* para revogar o benefício, tais como, uso de bebidas alcoólicas em público, não-recolhimento à sua habitação até as 22h e não-comprovação de ocupação lícita. Assim, o fato de Adelaides Gomes Coelho e Adário Vieira da Silva terem desistido das representações que anteriormente haviam feito contra o agravante, pelo crime de lesões corporais, não afeta a revogação operada na forma do art. 87 do Código Penal.

Alega, mais, o recorrente que os apontamentos dos boletins de ocorrência policial, em que figura como envolvido, transcorreram antes das 22h, e não conforme ali consignado pelo Cabo João Luiz Basso, seu inimigo.

Ocorre que não há nos autos nada que desabone o trabalho desse policial. É de se registrar, ainda, que o boletim relativo ao delito de furto não foi lavrado pelo mesmo, e sim pelo Soldado PM José Marcos Pereira dos Santos (fls. 22/23).

Quanto à declaração de Sílvio Alves Pinto, no sentido de que o agravante esteve trabalhando em sua fazenda no período de setembro a dezembro/98, conforme afirmou o douto Promotor de Justiça, não é de muita valia, pois não se fez prova da relação empregatícia.

Por fim, tenho que o MM. Juiz poderia ainda ter considerado para a revogação do benefício as agressões praticadas pelo sentenciado contra Adelaides Gomes Coelho e Adário Vieira da Silva, agressões essas comprovadas nos autos e das quais resultaram as lesões descritas no laudo de fls. 81 e atestado médico de fls. 71.

Assim, foi com justa causa que se revogou o benefício do livramento condicional do apenado.

Com estes fundamentos, nego provimento ao recurso.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - De acordo.

*O Sr. Des. Gomes Lima* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## TÓXICO - REGIME PRISIONAL - PROGRESSÃO - POSSIBILIDADE - NULIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - INOCORRÊNCIA

**- A ausência de manifestação ministerial, por não acarretar qualquer prejuízo para o recorrente, não tem o condão de nulificar o procedimento. Prejuízo haveria para a parte, sim, se o magistrado, em obediência cega à formalidade, sobrestivesse o andamento do processo, por tempo indeterminado, aguardando a juntada do parecer.**

**- Se consta da sentença que o condenado cumpriria sua pena em regime "fechado", mesmo em se tratando de delito tido como hediondo, não se pode dizer que estaria vedada a possibilidade de progressão do regime prisional, isto porque a execução se faz com base no título executivo judicial, que fixou o regime prisional simplesmente como "fechado", sem dizer, porém, que nesta condição seria "integralmente" cumprida.**

RECURSO DE AGRAVO Nº 156.078/8 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Nulidade - Falta de oitiva do Ministério Público - Ausência de prejuízo - Inocorrência - Execução da pena - Sentença condenatória transitada em julgado - Regime prisional estabelecido como sendo simplesmente "fechado" - Possibilidade de progressão - Irrelevância de ter sido condenado por delito tido como hediondo - Necessidade de análise dos requisitos objetivos e subjetivos - Avaliação que compete ao juízo da execução - Preliminar rejeitada - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Reginaldo Sérgio de Oliveira, condenado à pena definitiva de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, por infração do art. 12 da Lei nº 6.368/76, manifesta seu inconformismo contra a decisão que desacolheu seu pedido de progressão de regime e saídas temporárias.

Busca, por intermédio do presente recurso, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do ato judicial, por não ter sido ouvido o Ministério Público, e, no mérito, sua reforma, ao entendimento de que, já tendo cumprido o lapso temporal necessário, possuidor de bom comportamento carcerário que é, faria jus ao benefício legal, mesmo porque, com a edição da Lei nº 9.455/97, a progressão de regime em crime desta natureza já não mais estaria vedada.

Às fls. 28/30-TJ, o digno Magistrado, ao exercitar o necessário juízo de retratação/sustentação, entendeu de manter seu posicionamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se às fls. 35/40-TJ, é pela rejeição da preliminar e pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório do essencial.

Preliminarmente, inexiste a nulidade apontada.

A ausência da manifestação ministerial, por não acarretar qualquer prejuízo para o recorrente, não tem o condão de nulificar o procedimento. Prejuízo haveria para a parte, sim, se o Magistrado, em obediência cega à formalidade, sobrestivesse o andamento do processo, por tempo indeterminado, aguardando a juntada do parecer (fls. 29-TJ).

Rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte lhe assiste.

Conforme tem entendido esta Primeira Câmara Criminal, "*uma vez passada em julgado a sentença penal condenatória, título executivo judicial apto à execução, a questão relativa à progressão do regime prisional não pode mais ficar detida nos limites de uma lei considerada em seu caráter meramente abstrato, e, sim, nos moldes em que restou decidida*" (Recurso de Agravo nº 139.346/1, de que foi Relator o em. Des. Sérgio Resende).

Se consta da sentença que o condenado cumpriria sua pena em regime "fechado", mesmo em se tratando de delito tido como hediondo, não se pode dizer que estaria vedada a possibilidade de progressão de regime prisional, isto porque, como dito acima, a execução se faz com base no título executivo judicial e que fixou o regime prisional simplesmente como "fechado", sem dizer, porém, que nesta condição seria "integralmente" cumprida.

Esta questão, aliás, já se encontra pacificada nesta Primeira Câmara Criminal, de acordo com a Súmula nº 50 de sua jurisprudência predominante, que asseverou: "*Na sentença condenatória passada em julgado, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto, deve ser ela interpretada sempre a favor do condenado*".

Não obstante tudo isto, por entender que a análise acerca do preenchimento dos requisitos legalmente exigidos compete ao Juízo da Execução, sob pena de supressão de uma instância, não se pode deferir integralmente o pedido. Afasta-se, apenas e tão-somente, o impedimento manifestado em primeiro grau.

Destarte, rejeitando a preliminar suscitada, dou provimento parcial ao recurso.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - De acordo.

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**PRONÚNCIA - HOMICÍDIO DOLOSO - PARTÍCIPE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - INADMISSIBILIDADE - CO-AUTORIA - INDÍCIOS - INEXISTÊNCIA- IMPRONÚNCIA - QUALIFICADORA - RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO - EXCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE - MOTIVO TORPE - INOCORRÊNCIA - AFASTAMENTO**

**- Tratando-se de crime doloso, é inadmissível a desclassificação da conduta do partícipe para homicídio culposo, pois o crime é indivisível do ponto de vista técnico-jurídico, e, assim sendo, todos que atuam no sentido da sua realização, em maior ou menor intensidade, são pelo delito integralmente responsáveis.**

**- O simples fato de a namorada do autor do homicídio ter reconhecido e apontado a vítima como a pessoa que os assaltou e a estuprou não é o bastante para mandá-la a julgamento popular por participação naquele delito, sendo de rigor a sua impronúncia, se inexistem nos autos, em grau de necessária e indispensável suficiência, indícios de que seja ela co-autora do crime descrito na denúncia.**

**- Indícios de autoria não se confundem com mera conjectura; indícios de autoria são sensíveis, reais, ao passo que a conjectura, muitas vezes, se funda em criações da imaginação ou de possíveis antipatias, não provadas, ao contrário do indício, que deve ser necessariamente provado.**

**- Não é toda vingança que qualifica o homicídio. Para que seja considerada como motivo torpe, é necessário que esteja ela eivada de torpeza, de conteúdo repugnante ao senso ético. E isto não se dá quando o ato do acusado se determinou pelo fato de achar que foi o ofendido a pessoa que assaltou o seu carro, estuprou sua namorada e, ainda, desferiu tiros contra ele. Não há como considerar que tal atitude seja indicativa de alta imoralidade. O inconformismo com esses fatos pode gerar a vingança, mas não constitui ato de torpeza.**





**- É de se reconhecer a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, inciso IV, do CP) quando o agente se aproxima da vítima, de revólver em punho e, repentinamente, lhe desfere tiros mortais.**

**- Se a qualificadora não se mostra em descompasso com a prova produzida, impossível o seu afastamento da pronúncia, cabendo ao Júri examiná-la.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 144.484/3 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Pronúncia - Homicídio qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima - Afastamento da qualificadora do motivo torpe - Ato do agente determinado pelo fato de haver reconhecido a vítima como assaltante e estuprador de sua namorada - Conduta que não tem como ser considerada torpe - Ausência de indícios de que tenha a namorada do autor direto do delito participado, de qualquer forma, dos fatos - Impronúncia - Provimento parcial do 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1999. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Kelsen Carneiro* - Márcio Souto Urso e Layla Christiane Pereira foram denunciados como incursos no art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), c/c art. 29, ambos do Código Penal, sob a acusação de haver o primeiro denunciado, no dia 27 de setembro de 1996, nas proximidades da "Empresa Balas Erlan", em companhia de terceira pessoa, não identificada, desferido tiros de revólver em Alex Júnio Silva Oliveira. Consta, ainda, da denúncia, que os dois acusados, no dia 27/06/97, foram vítimas de um assalto e estupro e que Layla reconheceu, posteriormente, Alex como o autor desses crimes.

Concluída a instrução, houve por bem a MM. Juíza *a quo* pronunciá-los nos termos da denúncia.

Inconformados, os dois recorreram. Márcio pretende apenas a decotação da sentença de pronúncia das qualificadoras, e Layla pede a sua impronúncia, com renovados protestos de não-participação no homicídio, por qualquer modo.

Na resposta, manifestou-se o Promotor de Justiça pelo provimento parcial do apelo, para que, mantida a pronúncia em relação ao acusado Márcio, seja desclassificada a conduta de Layla para homicídio culposo.

Pelo despacho de fls. 256-TJ, a MM. Juíza *a quo* manteve a decisão recorrida (fls. 256-TJ). Subiram os autos e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou, igualmente, pelo provimento parcial do recurso, fazendo-o de acordo com o pronunciamento ministerial de primeiro grau.

É o relatório sucinto.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Examino em primeiro lugar o recurso da acusada.

Verifica-se, ao exame dos autos, que, na realidade, não existem, em grau de necessária e indispensável suficiência, indícios relativos à co-autoria de Layla, do denunciado homicídio qualificado praticado por Márcio contra Alex.

Com referência à imputação, a única coisa que existe é a declaração dos dois denunciados no sentido de que Layla contou a Márcio que reconheceu o ofendido como a pessoa que assaltou os dois e a estuprou.

*Data venia*, não é o bastante para, temerariamente, mandar a recorrida a julgamento popular. Nada há nos autos que indique tenha ela, de qualquer maneira, participado dos fatos.

E tanto isso é verdade que os próprios representantes do Ministério Público de ambos os graus - equivocadamente, diga-se de passagem - se manifestaram pela desclassificação da conduta de Layla para homicídio culposo, mantendo-se a pronúncia de Márcio, o que é inadmissível. O crime é indivisível do ponto de vista técnico-jurídico. Assim sendo, todos os que atuam no sentido da sua realização, em maior ou menor intensidade, são pelo delito integralmente responsáveis. Na espécie, tratando-se de homicídio doloso, impossível que o partícipe responda na forma culposa.

E, mesmo que assim não fosse, seria um absurdo que, pelo simples fato de Layla ter reconhecido o seu provável estuprador e apontado o mesmo como o seu namorado, tudo fizesse para que o mesmo respondesse por homicídio culposo.

Conforme já afirmei em outros julgados, a pronunciar nas condições do processo e das precárias provas nele produzidas, estar-se-á correndo risco de, em julgamento popular, condenar alguém que nada fez. Não é o caso, definitivamente, do *in dubio pro societate*, princípio que deve ser sempre considerado com muito cuidado e reserva, principalmente quando os representantes da *societate* podem estar decidindo movidos por este ou aquele tipo de influência, o que já se vem tornando comum em nosso País, a ponto de se chegar, de afogadilho e sem medição de conseqüências, a modificar dispositivos para gravação e imposição de reprimendas estabelecidas em leis penais, chegando-se ao disparate de ter-se como crime hediondo todo e qualquer homicídio qualificado, desimportando a qualificação e as circunstâncias em que foi praticado, por quem e





contra quem e, o que é pior, antes mesmo do primeiro exame de valor e classificação, que é o da pronúncia.

Indícios de autoria "não se confundem com a mera conjectura, porque indícios são sensíveis, reais, ao passo que a conjectura, muitas vezes, funda-se em criações da imaginação ou de possíveis antipatias, não provadas. O indício, bem ao contrário, deve ser necessariamente provado" (*RT*, 546/331).

Portanto, pelo que até agora ficou apurado no presente processo, a impronúncia da acusada Layla é de rigor.

Quanto ao inconformismo do acusado Márcio, conforme relatado, restringe-se à manutenção na pronúncia das qualificadoras do motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima, articuladas na denúncia.

Quanto ao móvel do crime, tem razão esse recorrente.

Não é toda a vingança que qualifica o homicídio. Para que seja considerada como motivo torpe, é necessário que esteja ela eivada de torpeza, vale dizer, de conteúdo repugnante ao senso ético. E isto não se dá quando o ato do acusado, apesar de reprovável, se determinou pelo fato de achar que foi o ofendido a pessoa que assaltou o seu carro, estuprou sua namorada e, ainda, desferiu tiros contra ele. Não há como considerar que tal atitude seja indicativa de alta imoralidade. O inconformismo com esses fatos pode ter gerado a alegada vingança, que, todavia, está longe de constituir um ato de torpeza.

Tenho, contudo, que é possível na espécie reconhecer a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima. A testemunha Luiz Carlos de Souza contou que ele e a vítima estavam chegando ao trabalho e que, no momento, dois rapazes se aproximaram, ambos de revólver em punho, e desferiram os tiros mortais contra Alex.

A ação repentina do recorrente pode ter dificultado ou impossibilitado a defesa da vítima, não se podendo, de plano, afirmar o contrário e nem dizer que deveria ou poderia a mesma esperar o desfecho fatal.

Portanto, não se mostrando a referida qualificadora em descompasso com a prova produzida, impossível o seu afastamento nesta fase processual, cabendo ao Júri examiná-la.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, que é único, fazendo-o para impronunciar Layla Christiane Pereira e pronunciar o acusado, Márcio Souto Urso, como incurso no art. 121, § 2º, inc. IV, do Código Penal.

Custas, a final.

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - De acordo.

*O Sr. Des. Gomes Lima* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

## PRONÚNCIA - FATO DELITUOSO - CONDUTAS DOS ACUSADOS - EXPLICITAÇÃO - AUSÊNCIA - LIBELO - INVIABILIDADE - NULIDADE

**- A pronúncia deve retratar, conquanto de modo resumido, o fato delituoso e as condutas dos acusados, máxime quando diferente o atuar de cada réu. Se a pronúncia se estender por considerações teóricas, fazendo-se praticamente inexistente quanto às questões de fato, inviabilizando até mesmo o libelo, deve ser anulada, para que outra sentença seja proferida pelo juiz, onde possa surgir a compreensão dos fatos inseridos pelo sentenciante.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 145.275/4 - Comarca de Abre Campo - Relator: Des. PAULO MEDINA

Ementa oficial:

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 ANULAR, DE OFÍCIO, A PRONÚNCIA.

Belo Horizonte, 08 de junho de 1999. - *Paulo Medina* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Paulo Medina* - Narra a denúncia que, no dia 26 de janeiro de 1998, no interior de um bar, situado na Cidade de Santa Margarida, os AA. Norival Martins Ferreira e Eloísio Luiz Rodrigues, em concurso, passaram a agredir Ronaldo, dando-lhe socos e pontapés, acrescentando que Norival ainda sacou da garrucha que portava, porém não conseguiu disparar contra a vítima, por circunstâncias alheias a sua vontade, dada a intervenção de terceiros.

Ocorre que, em seguida, o A. José Otoni da Silva toma de seu revólver e dispara, vindo a acertar a perna de Norival, ocasionando lesões corporais de natureza grave. A denúncia disse ainda que não ceifou Otoni a vida de um dos contendores já referidos, por circunstâncias alheias a sua vontade e "por terem os brigões rapidamente corrido, deixando o local".

Também aponta o MP que os denunciados José Otoni e Norival Ferreira, sem autorização, traziam consigo, respectivamente, o revólver e a garrucha. Desse modo, busca imputar fatos a José Otoni, classificando-os no art. 121, c/c o art. 14, II, do CP, e art. 10 da Lei nº 9.437/97, c/c o seu parágrafo 4º, e art. 69 do CP; busca imputar a Norival Ferreira fatos que define no art. 121, c/c o art. 14, II, e 29 do CP, e ainda no art. 10 da Lei nº 9.437/97, incidindo a norma do art. 69 do CP e, por último, está a imputar a Eloísio Rodrigues o fato que classifica no art. 121, c/c o art. 14, II, e 29 do Código Penal.





Vencida a instrução, dá-se a pronúncia - fls. 92/96. Nela, o Juiz faz, inicialmente, considerações teóricas sobre os artigos de lei que definem as infrações noticiadas na exordial, depois discute as normas processuais relativas à pronúncia, ressaltando que, "nas alegações finais, não há nenhuma tese defensiva", e passa a examinar a legítima defesa, para argüir que "não milita em favor dos réus nenhuma causa excludente da tipicidade, da antiguidade ou da culpabilidade", e disse não "estar convencido de existir nos autos elementos suficientes a ensejar a desclassificação para o delito de lesões leves".

Em seguida, num só trecho, examina a prova, destaca:

"Nestes autos ficou comprovada a autoria e a materialidade. A autoria admitida pelos réus em seus interrogatórios e também pelas testemunhas de Júlio Mário de Souza (fl. 58), Ronaldo Carlos dos Santos (fl. 59) e Darci Mendes de Oliveira (fl. 65). E a materialidade estampada no laudo de fls. 28/34, bem como no ofício de fl. 79".

Aos fatos confere a classificação da exordial.

Inconformado, recorre José Otoni da Silva e o faz para sustentar, em resumo:

- a classificação deveria ser de lesões corporais, pois não houve intenção de matar;

- a rigor, pretendia apenas apaziguar os contendores;

- por último, agiu em legítima defesa da vítima Ronaldo, que poderia ser morto por seus agressores, os acusados Norival e Eloísio.

Pede a desclassificação do fato delituoso.

Inconformados, estão ainda a recorrer Eloísio Luiz Rodrigues e Norival Martins Ferreira, em resumo, dizendo que não praticaram qualquer ato com intenção de matar, devendo operar-se a desclassificação para lesões corporais.

As contra-razões estão a sintetizar:

- a pronúncia é mero juízo de admissibilidade, estando provadas a autoria e a materialidade;

- inexistem elementos para a absolvição sumária;

- a prova se alicerça nos interrogatórios, nas declarações de Ronaldo Carlos dos Santos e depoimentos de Mário de Souza e Darci Mendes de Oliveira.

Exerce-se o juízo de retratação.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça orienta-se para imputar aos acusados Norival e Eloísio o crime de lesões corporais, sendo vítima Ronaldo, além do porte ilegal de arma

para Norival; relativamente ao A. José Otoni, sustenta que agiu em legítima defesa de terceiro, que, reconhecida, descaracterizaria o porte ilegal do revólver. Está, portanto, a opinar para os AA., co-autores, que se decida de conformidade com o art. 410 do CPP e, para o outro, que se volte à norma do art. 411, também do CPP.

Este é o relatório.

Verificados que estão os pressupostos de admissibilidade, conheço.

A pronúncia estende-se por considerações teóricas, porém, se faz praticamente inexistente quanto às questões de fato.

Em verdade, devendo-se nesta sentença calcar o libelo, estaria difícil até mesmo redigi-lo diante de ausência de explicitação dos fatos pelo Sentenciante.

Vê-se que as condutas foram diversas e não as define o Juiz.

Inexiste concurso de pessoas relativamente aos três (3) acusados e somente poderia ser reconhecido para Norival e Eloísio.

Há omissão quanto às armas e teses da defesa.

A pronúncia deve retratar, conquanto de modo resumido, o fato delituoso e as condutas dos acusados, máxime quando tão diferente o atuar de cada réu denunciado.

Então, de ofício, e por inviabilizar até mesmo o libelo, anulo a pronúncia, mandando que outra sentença venha a proferir o Juiz, onde possa surgir a compreensão dos fatos inseridos pelo Sentenciante em face de prova.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Odilon Ferreira e Kelsen Carneiro.

*Súmula* - ANULARAM, DE OFÍCIO, A PRONÚNCIA.

-:::-

**HOMICÍDIO QUALIFICADO - CIÚMES - VINGANÇA - MOTIVO TORPE - INEXISTÊNCIA - VÍTIMA ATACADA PELAS COSTAS - SURPRESA - OCORRÊNCIA - QUALIFICADORA - PROVA DA INCIDÊNCIA - PRONÚNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE - SOLTURA DETERMINADA - RESTAURAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE**

**- Para que o réu seja pronunciado por homicídio qualificado, é indispensável que haja um mínimo de base probatória relativamente à incidência das qualificadoras. Sem respaldo na prova dos autos, minimamente que seja, não é possível a pronúncia do acusado com as qualificadoras pedidas na acusação. O contrário seria puro arbítrio, representando nítido abuso de poder.**





**- A vingança, para ser considerada como motivo torpe, deve estar eivada de torpeza, que é o motivo abjeto, repugnante, ignóbil, desprezível, vil e profundamente imoral. E isso não ocorre quando a causa do crime é o ciúme ou o inconformismo da acusada com o rompimento de seu casamento, levando-a a voltar-se contra a amásia de seu ex-marido, tentando matá-la. Tal atitude, embora reprovável, não pode ser considerada torpe em face do sentimento que impulsionou a ré.**

**- Demonstrado que o agente atacou a vítima pelas costas, colhendo-a de forma inesperada, impossibilitando-lhe a defesa, deve-se pronunciar o réu pela qualificadora da surpresa (art. 121, § 2º, IV, CP), a fim de que o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes contra a vida, decida.**

**- Determinada a soltura do réu por sentença, não há que se falar mais em restauração da prisão em flagrante, só podendo ser preso novamente através de decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos legais e comprovada a sua necessidade pela prática de fatos supervenientes.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 146.275/3 - Comarca de Itabira - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Homicídio - Qualificadoras. - A vingança motivada pelo ciúme não pode ser considerada como motivo torpe. - Surpresa - Vítima colhida de forma inesperada - Provimento parcial do 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 04 de maio de 1999. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Mercêdo Moreira* - Roselmira Ferreira Santos Souza foi denunciada na Comarca de Itabira como incursa nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal; e art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, porque, no dia 02 de dezembro de 1997, por volta de 16h 45m, no recinto do Fórum daquela cidade, desferiu, com *animus necandi*, um golpe de faca em Rosilaine Mara dos Reis, produzindo-lhe os ferimentos descritos no auto de corpo de delito de fls. 34-TJ e 70-TJ.

Finda a instrução, foi a denunciada pronunciada no art. 121, *caput*, c/c art. 14, inc. II, ambos do CP, com o que não se conformou o Ministério Público, interpondo recurso em sentido estrito.

Pleiteia o recorrente, em síntese,

a reforma da v. decisão, para que as qualificadoras sejam mantidas, por entender que o Juiz não poderia, na pronúncia, decotá-las, sob pena de invadir a competência do Júri.

Sustenta que as qualificadoras restaram demonstradas, já que o crime foi cometido por vingança e de forma inesperada, colhendo a vítima de surpresa.

Pede, também, a decretação da prisão preventiva da ré, por ser o delito hediondo.

Houve apresentação de contrarazões, e o MM. Juiz manteve a decisão hostilizada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 126/129-TJ, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

A materialidade e a autoria restaram em tese demonstradas nos autos, cingindo-se o presente recurso tão-só quanto ao fato de ter o MM. Juiz *a quo* decotado da v. sentença as qualificadoras constantes da peça acusatória.

E nesse aspecto tem razão em parte a Promotoria.

Ressalta-se primeiramente que, para que o réu seja pronunciado por homicídio qualificado, é indispensável que haja um mínimo de base probatória relativamente à incidência das qualificadoras.

Sem respaldo na prova dos autos, minimamente que seja, não é possível a pronúncia do acusado com as qualificadoras pedidas pela acusação. O contrário seria puro arbítrio, representando, portanto, nítido abuso de poder.

Daí, dizer que os Juízes ou Tribunais não poderiam deixar de reconhecer, na pronúncia, a existência de qualificadoras pedidas pela acusação, sob pena de estarem, indevidamente, invadindo o âmbito da competência do Tribunal do Júri de julgar os crimes dolosos contra a vida constitui afirmação, *data venia*, totalmente improcedente.

É que, se assim fosse, a sentença de pronúncia perderia o seu próprio significado de existência, tornando-se inteiramente desnecessária.

Aliás, se a acusação, por ocasião da própria denúncia, não pode prescindir do respaldo probatório que o relato que faz dos fatos deve ter, com muito mais razão, só deve ser acolhida, na pronúncia, a parte da acusação que contiver esse respaldo.

No caso em apreço, verifica-se que a qualificadora do motivo torpe é totalmente improcedente, não merecendo censura a decisão que a decotou quando do proferimento da pronúncia.

Sustenta a peça acusatória que a recorrida teria agido por motivo torpe, de vez que, abandonada pelo marido, resolveu vingar-se na amásia deste, tentando contra a vida da mesma.

Todavia, tal alegação não enseja a qualificadora pleiteada.

É que a vingança, em si, não





pode ser considerada como motivo torpe, pois seria necessário que ela estivesse eivada de torpeza, que, no dizer de MIRABETE é "o motivo abjeto, repugnante, ignóbil, desprezível, vil, profundamente imoral, que se acha mais abaixo nas escalas dos desvalores éticos e denota maior depravação espiritual do agente" (*Manual de Direito Penal,* Atlas, v. 2, 6ª ed., p. 53).

Não é o caso dos autos, pois, se o motivo do crime foi o ciúme ou o inconformismo da ré com o rompimento de seu casamento, e se se voltou contra a amásia de seu ex-marido, não há que se falar em motivo torpe.

Embora totalmente reprovável a atitude da ré, não se pode dizê-la torpe, em face do sentimento que a impulsionou.

No tocante à qualificadora que tornou difícil ou impossível a defesa da vítima, tem razão o recorrente.

Restou demonstrado, em tese, que a vítima foi colhida de forma inesperada, quando já deixava o Fórum na companhia de seu amásio.

O advogado William Mendes Santos, que estava no local, no momento dos fatos, relata:

"que em dado momento o depoente viu um cidadão caminhando em direção à escada de saída do segundo piso do prédio, sendo certo que antes de chegar à escada o cidadão deu um beijo em uma mulher, tendo se abraçado com esta para descer a mesma escada; que, neste momento uma outra mulher apareceu de repente atrás do casal e, em seguida, enfiou a mão em uma bolsa que a mesma levava consigo, tendo sacado uma faca, e imediatamente agredindo a mulher que fazia par com o homem...".

Ora, diante desse depoimento, não há como se afirmar ser totalmente improcedente a qualificadora da surpresa, razão pela qual deve a ré ser pela mesma pronunciada, a fim de que decida o Tribunal do Júri, juiz natural do crime em espécie.

No tocante ao pedido de restauração da prisão da ré, não tem razão o recorrente.

Tendo sido determinada a soltura pela v. sentença, não há que se falar mais em restauração da prisão em flagrante. A ré só poderia ser novamente presa através da decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos legais e comprovada a sua necessidade, pela prática de fatos supervenientes.

Assim sendo, dou parcial provimento ao recurso, para pronunciar a ré nas sanções do art. 121, § 2º, inc. IV, c/c o art. 14, inc. II, ambos do CP, para que seja a mesma levada a julgamento pelo Júri. Indefiro o pedido de recolhimento à prisão da recorrida.

Custas, *ex lege.*

Participaram do julgamento os Desembargadores Paulo Medina e Odilon Ferreira.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**PRONÚNCIA - AUTORIA - MATERIALIDADE - EXISTÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA - INEXISTÊNCIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - INADMISSIBILIDADE - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - INOCORRÊNCIA - HOMICÍDIO DOLOSO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO** *IN DUBIO PRO SOCIETATE* **- PREVALÊNCIA**

**- Se a descriminante da legítima defesa não se acha estreme de dúvida, inadmissível é a absolvição sumária.**

**- Havendo prova da existência do crime e indícios de que o réu seja o autor, impõe-se a prolação da pronúncia, desde que inexista circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu.**

**- Não se apresentando evidenciada de forma clara a desistência voluntária, inadmite-se a desclassificação do delito de homicídio doloso para o crime de lesão corporal, uma vez que na fase da pronúncia prevalece o princípio** *in dubio pro societate.*

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 154.577/1 - Comarca de Carmo do Paranaíba - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Processual penal - Homicídio - Desclassificação para lesão corporal - Desistência voluntária não estreme de dúvida - Cassação da decisão desclassificatória e pronúncia do réu. - Havendo prova da existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor, impõe-se a prolação da pronúncia, desde que inexista, estreme de dúvida, circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu. - Não se apresentando estreme de dúvida a desistência voluntária, inadmissível é a desclassificação do delito de homicídio doloso para o crime de lesão corporal, vez que na fase da pronúncia prevalece o princípio *in dubio pro societate.*

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 1999. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - Ronan Moreira do Nascimento, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, visto ter, no dia 08 de setembro de 1997, cerca das 23 horas, na Av. Tancredo Neves, no Bairro Alvorada, em Carmo do Paranaíba, MG, desferido golpes de faca em Marcelo Moreira Soares, produzindo-lhe ferimentos nas regiões torácica, dorsal e abdominal, tendo, com tal proceder, iniciado, segundo a exordial acusatória, a execução de um crime de homicídio, que somente não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade.





Ao término da instrução criminal, entendendo ter havido desistência voluntária, o MM. Juiz sumariante desclassificou o delito de tentativa de homicídio qualificado para o de lesão corporal de natureza leve, tendo o *dominus litis*, a tempo e modo, com fundamento no art. 581, IV, do Código de Processo Penal, recorrido *stricto sensu* da decisão desclassificatória, objetivando sua cassação e conseqüente pronúncia do recorrido, nos termos da denúncia.

Contra-arrazoado o recurso ministerial, pelo seu provimento opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Renato Martins Jacob, sendo de se registrar que mantida foi no juízo de retratação a r. decisão recorrida.

Em síntese é o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

A prova é no sentido de que, no dia 08 de setembro de 1997, cerca das 23 horas, na Av. Tancredo Neves, no Bairro Alvorada, em Carmo do Paranaíba, MG, a vítima, que se achava bastante embriagada, pediu um cigarro ao réu, ora recorrido, tendo daí surgido ligeira discussão entre eles, instante em que Ronan, segurando Marcelo pelo colarinho, lhe desferiu diversos golpes de faca, atingindo-o nas regiões torácica, dorsal e abdominal, conforme se vê do auto de corpo de delito de fls. 21/23-v., que comprova a materialidade do delito, sendo certo que o réu é confesso (fls. 38), estando sua confissão em consonância com o contexto probatório.

Cediço é que, para a pronúncia, basta a existência de prova material do crime e indícios de autoria (CPP, art. 408).

O réu invoca a descriminante da legítima defesa, mas essa não se acha estreme de dúvida, não se admitindo, pois, uma absolvição sumária.

Também estreme de dúvida não se mostra a desistência voluntária reconhecida na decisão hostilizada, pois, segundo a testemunha Jader Quintino Alves, "... Ronan segurou Marcelo pelo colarinho da camisa com uma mão e com a outra desferiu golpes de faca; que, quando Marcelo conseguiu se soltar, foi perseguido por Ronan, que ainda correu atrás de Marcelo, porém, não conseguiu alcançá-lo e retornou com a faca na mão" (fls. 48), tendo o próprio réu declarado que, realmente, "continuou a perseguir a vítima 'para pegar ele e se eu tivesse alcançado eu ia dar mais nele'" (*sic*) (fls. 38).

Ora, é de se ver que não houve

desistência voluntária. O réu somente não obteve o resultado morte porque a vítima se pôs em providencial fuga, não tendo ele conseguido alcançá- la, a fim de lhe desferir novas e fatais facadas.

Ora, na fase de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, prevalece o princípio *in dubio pro societate*.

Por outro lado, a prova é no sentido de que o réu agiu por motivo fútil, ou seja, simplesmente porque a vítima lhe pediu um cigarro.

Mercê de tais considerações, casso a decisão desclassificatória e pronuncio o réu, ora recorrido, nas iras do art. 121, § 2°, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Carmo do Paranaíba.

Sendo primário e sem antecedentes desabonadores, deixo de decretar a prisão preventiva do réu, determinando seja ele intimado pessoalmente desta decisão.

Custas, a final.

*O Sr. Des. Sérgio Resende* - De acordo.

*O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-



# Superior Tribunal de Justiça

## *HABEAS CORPUS* - ADVOGADO NOMEADO DEFENSOR - CARGO EQUIVALENTE AO DE DEFENSOR PÚBLICO - INTIMAÇÃO PESSOAL

**1. O advogado nomeado em comarca do interior para acompanhamento técnico de pedido de unificação de penas, formulado por sentenciado, exerce cargo equivalente ao de Defensor Público, devendo, em conseqüência, ser intimado pessoalmente, em ambas as instâncias, a teor do disposto no § 5° do art. 5° da Lei n° 1.060/50, com a redação dada pela Lei n° 7.871, de 1989.**

**2. Ordem concedida para que, feita a intimação pessoal, caso suprida a falta, anulado o acórdão, decida o Tribunal acerca do mérito do agravo em execução.**

*HABEAS CORPUS* N° 8.619-SP - Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*. Votaram como o Ministro Relator os Ministros Hamilton Carvalhido, Vicente Leal e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília, 03 de agosto de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Vicente Leal* - Presidente. - *Ministro Fernando Gonçalves* - Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves* - Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada contra acórdão da Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, em processo de unificação de penas, requerido por Fernando Aparecido Sant'ana, deixou de conhecer de recurso de agravo por falta de traslado de peças essenciais, malgrado a anterior conversão do julgamento em

diligência por ato do Relator, para que a defensora nomeada promovesse a juntada, suprindo a omissão.

Assinalam as razões a existência de constrangimento, na medida em que a intimação foi feita pelo órgão oficial e não pessoalmente, conforme impõe a Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89.

Prestadas as informações (fls. 18/19), a Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator)* - Na comarca de Viradouro - São Paulo - o paciente, Fernando Aparecido Sant'ana, formulou pedido de unificação das penas que lhe foram aplicadas em processos vários. Pelo órgão ministerial, dada a complexidade e a extensão do pedido, foi requerida a nomeação de profissional habilitado para acompanhar o caso, recaindo a escolha sobre o nome da Dra. Sueli Aparecida Souza (fls. 42), que, no desempenho do *munus*, diante do indeferimento do pleito, manejou recurso de agravo.

No Tribunal de Alçada, o Relator, para melhor instrução do feito, houve por bem determinar diligência (fls. 98), para juntada de cópias da denúncia, sentença e acórdãos. A decisão foi publicada - fls. 100 -, transcorrendo *in albis* o prazo para a apresentação das peças. Sobreveio, então, o acórdão, não conhecendo do recurso, por deficiência na formação do instrumento (fls. 103).

Nestas condições, em face da nomeação da defensora, *ut* fls. 42, e dos exatos termos do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, com a redação dada pela Lei nº 7.871, de 08 de novembro de 1989, merece acatamento o *writ*, porquanto, na espécie, a subscritora da petição inicial exerce cargo equivalente ao de Defensor Público, devendo ser intimada pessoalmente, em ambas as instâncias, máxime em casos desta relevância, em que as peças reclamadas são essenciais ao bom desate do recurso. Do contrário, há prejuízo para o paciente e, também, constrangimento indevido.

Ante o exposto, concedo a ordem para que, intimada pessoalmente a defensora e, se suprida a falta, anulado o acórdão, decida o Tribunal *a quo* sobre o mérito do agravo em execução.

-:::-





## EXECUÇÃO PENAL - REGIME ABERTO - CASA DE ALBERGADO - INEXISTÊNCIA - PRISÃO DOMICILIAR - ADMISSIBILIDADE - HIPÓTESES

**- Embora a Lei de Execuções Penais disponha de forma exaustiva as hipóteses de cumprimento de pena privativa da liberdade em residência particular - art. 117 -, a jurisprudência dos nossos pretórios, sensível ao grave estado deficitário dos nossos presídios, tem admitido que sentenciados no regime aberto permaneçam em prisão domiciliar na falta de vaga em Casa de Albergado.**

- *Habeas corpus* **concedido.**

*HABEAS CORPUS* Nº 8.765-RS - Relator: Ministro VICENTE LEAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 15 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Vicente Leal* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator)* - Ênio Balestrin Piaia, condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração do artigo 312, c/c os artigos 29 e 71, do Código Penal, em regime inicial aberto, interpôs agravo contra a decisão da r. Juíza da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Frederico Westphalen, RS, que indeferiu o pedido do benefício da prisão albergue domiciliar.

A egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, sob o argumento de que o art. 117 da Lei de Execuções Penais deve ter exegesse restrita e que somente incide nas hipóteses legais ali previstas, em que se admite o cumprimento da pena em regime aberto, com o recolhimento do sentenciado em sua residência (fls. 71/75).

Irresignado, impetrou o presente *habeas corpus*, pugnando pela concessão da prisão domiciliar, sob o argumento de que na comarca não há estabelecimento adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, acentuando que o benefício postulado é o que mais se aproxima do cumprimento do texto legal, em razão da falta de Casa de Albergado.

Prestando as informações, o Desembargador Segundo-Vice Presidente do Tribunal de Justiça noticiou os fatos que ensejaram o presente *writ*,

anexando cópia das principais peças da ação penal e do processo de execução criminal (fls. 143/144).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 218/222, opina pela concessão da ordem.

*É o relatório.*

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator)* - Como salientado no relatório, o impetrante foi condenado a cumprir pena sob o regime prisional aberto, por infração do art. 312, c/c os artigos 29 e 71, do Código Penal. No entanto, a MMª Juíza das Execuções Penais indeferiu o recolhimento do sentenciado em sua própria residência, ao argumento de serem inaplicáveis as disposições contidas no art. 117 da LEP.

A questão fundamental posta em debate versa sobre a possibilidade do réu condenado ao cumprimento de sua pena em regime aberto cumpri-la em prisão domiciliar, diante da inexistência de estabelecimento prisional adequado, a Casa de Albergado.

O Código Penal e a Lei de Execução Penal institucionalizaram, com características próprias, o regime aberto como sendo aquele em que o condenado cumpre a pena fora do presídio, trabalhando "sem vigilância", para que sinta sua responsabilidade perante o corpo social.

Todavia, o regime aberto não é deferido a todos os condenados. Apenas alguns se beneficiam dele, como etapa final da progressão, no cumprimento da pena privativa da liberdade, ou, então, relativamente a condenações mais reduzidas, que não exijam um cumprimento de pena em estabelecimento de segurança maior.

Na hipótese, o réu foi condenado a regime mais brando, regime aberto. Deveria, a rigor, cumprir sua pena privativa de liberdade em "Casas de Albergado" ou em "estabelecimento adequado", tal como preceituam os art. 33, § 1º, alínea *c*, e 36 do CP. Todavia, segundo o ilustre Juiz das Execuções Criminais do Distrito Federal, não existe prisão albergue em Brasília.

É relevante acentuar que a circunstância de não dispor o Estado de meios para cumprir as determinações da lei não é justificativa para que se aplique injusta punição ao sentenciado, em proporções maiores e mais graves que aquelas fixadas na sentença. Ou o Estado se instrumentaliza para promover a execução penal tal como posta em lei, ou então o juiz terá que encontrar solução para os impasses criados. E uma das soluções que a jurisprudência vem encontrando é admitir que, uma vez deferido o regime aberto, não havendo vaga ou Casa de Albergado na comarca, o recolhimento se dê em residência particular.

No debate dessa questão merecem registro as oportunas considerações expressas em precedente desta Corte, de que foi o Relator o eminente Ministro Costa Leite, bastante elucidativas para o deslinde da controvérsia:





"*Execução penal. Regime aberto. Prisão albergue domiciliar. - Inexistindo estabelecimento penal adequado, afigura-se legítimo o recolhimento em residência particular do sentenciado a que foi deferido o regime aberto para o cumprimento da pena. - Recurso improvido*" (REsp nº 45-SP, *DJ*, 28/08/89).

Na espécie, a análise dos documentos acostados às fls. 130, 132 e 134 revela, inafastavelmente, a inexistência de Casa de Albergado na Comarca de Frederico Westphalen, RS.

Daí por que é de se reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal no indeferimento do benefício da prisão domiciliar ao condenado a cumprir pena em regime aberto, na hipótese de inexistência de estabelecimento penal adequado ao estabelecido na sentença condenatória.

Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus*, para assegurar ao impetrante o benefício da prisão albergue domiciliar.

É o voto.

-:::-

**PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL DO JÚRI - ATUAÇÃO DE DOIS PROMOTORES, UM DELES SEM DESIGNAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA**

**1. A presença de dois promotores de justiça na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, ainda que sem designação expressa do Procurador-Geral de Justiça para um deles, não é causa de nulidade absoluta, tampouco resta demonstrada a existência de prejuízo para qualquer das partes, sendo certo que a maioria dos quesitos obteve expressiva votação (7 a 0 e/ou 6 a 1), evidenciando a certeza do Conselho de Sentença na condenação do paciente.**

**2. Ademais, a teor do disposto no art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades porventura ocorridas em plenário devem ser argüidas logo depois de se verificarem.**

**3. Ordem denegada.**

*HABEAS CORPUS* Nº 9.674-MG - Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Hamilton Carva-

lhido, Vicente Leal e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília, 30 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Vicente Leal* - Presidente. - *Ministro Fernando Gonçalves* - Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves* - Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Rui Caldas Pimenta, em favor de Juarez Pereira dos Santos, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Segundo narra a exordial, o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri de Capelinha, MG, a 16 anos de reclusão, por infringência do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Afirma o impetrante a existência de constrangimento ilegal, decorrente de nulidade no julgamento, consubstanciada pela atuação de dois Promotores de Justiça, sem designação do Procurador-Geral de Justiça.

Prestadas as informações (fls. 213), os autos, inicialmente formados perante o STF, vieram aportar nesta Corte, em virtude da Emenda Constitucional nº 22.

A Subprocuradoria-Geral da República opina (fls. 260/263) pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator)* - Em tema de nulidade, não se subsumindo às hipóteses daquelas absolutas, elencadas no art. 564, serão relativas e, sendo assim, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, ou seja, não se declara a nulidade se inexistente prejuízo para as partes, como também se não houver influído na apuração da verdade real.

Nesse sentido, a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Código de Processo Penal Interpretado*, 5ª edição, 1997, p. 697:

"O primeiro princípio a reger os atos processuais é o da tipicidade das formas, que pode ser assim formulado: o Código prevê os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado (cf. Greco, Vicente. Ob. cit., p. 264). Mas, negando o excesso de formalismo, com fundamento no princípio da instrumentalidade das normas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades. Sua regra básica é enunciada no artigo 563. É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Na verdade, não é correto dizer-se que sem prejuízo não há nulidade. A ausência de prejuízo apenas impede a declaração da nulidade existente (cf. TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no Processo Penal Brasileiro.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 20/21). O prejuízo deve ser provado pela parte interessada, nas nulidades relativas (arts. 571 a 573), mas é presumido nas absolutas, ou, como preferem alguns, nestas o prejuízo é evidente. Há, porém, outras impeditivas de declaração de nulidade. Não se declara nulidade, ainda que absoluta, diante da proibição da revisão *pro societate*, quando o réu foi absolvido por sentença transitada em julgado (item 565.2). Também, segundo a Súmula 160 do STF, 'é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício'. Também não será declarada nulidade processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566)".

É o caso dos autos.

A presença de dois Promotores de Justiça na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, ainda que sem designação expressa do Procurador-Geral de Justiça para um deles, não é causa de nulidade absoluta, máxime quando não demonstrada a existência de prejuízo para qualquer das partes, sendo certo que a maioria dos quesitos obteve expressiva votação (7 a 0 e/ou 6 a 1), evidenciando a certeza do Conselho de Sentença. Sobreleva acentuar ainda que, malgrado a atuação conjunta, não houve ultrapassagem do tempo de debate previsto em lei, de modo a se causar prejuízo - ainda que mínimo - à defesa. Importante, de qualquer forma, como destacado na peça de embargos, é que o MP, na ocasião, estava representado por órgão de execução investido legalmente nas funções.

Por fim, a teor do disposto no art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades porventura ocorridas em plenário devem ser argüidas de pronto, sob pena de preclusão. A ata da sessão do Tribunal do Júri, enfaticamente, como se vê à fl. 124, noticia a inexistência de qualquer requerimento ou reclamação das partes. As nulidades ocorridas em plenário, adverte o CPP - art. 571, VIII -, devem ser argüidas "logo depois de ocorrem". Caso contrário, considerar-se-ão sanadas.

Ante o exposto, denego a ordem.

-:::-

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - CARTÓRIO - VAGA - REMOÇÃO - ESCRIVÃO MAIS ANTIGO - NULIDADE - NECESSIDADE DE CONCURSO - ART. 236, § 3º, CF**

**- A legislação invocada pelo recorrente como suporte de sua irresignação data de 1966, encontrando-se já superada por dispositivo consitucional (art. 236, § 3º, CF), que afirma a necessidade de concurso de provimento ou de remoção para ingresso na atividade notarial.**

**- Assim, merece ser anulada a remoção para o respectivo cargo, que foi preenchido em inobservância do preceito constitucional supra.**

**- Recurso parcialmente provido.**

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.397-RS - Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, com vistas a anular a respectiva remoção da escrivã Geisa Magali Rosa Moura e proceder-se a concurso de remoção para o cargo. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 17 de junho de 1999 (data de julgamento). - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Trata-se de recurso ordinário interposto de decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que culminou por denegar a ordem pretendida conforme a seguinte ementa (fls. 57):

"Mandado de Segurança. Reclassificação de Escrivão Judicial. Movimentação de servidor que equivale à remoção, mas que lhe precede por razões de conveniência ao serviço, assim desservindo ao cotejo puro e simples das antigüidades dos concorrentes. Liquidez e certeza do direito invocado impresentes. Ordem denegada".

O recorrente sustenta ser escrivão mais antigo que a servidora Geisa Magali Rosa Moura, que foi nomeada para o cargo de Escrivã do 3° Cartório Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, uma vez que à data do edital de vacância (30/07/97) não tinha completado os dois anos exigidos pelo art. 195 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça, Provimento nº 42/97-CGJ, de 13/01/98.

Acreditando ter sido violado o art. 37 da Constituição Federal, pretende a reforma da decisão, a fim de anular tal nomeação, garantindo-lhe a remoção para o referido cargo.

O Estado ofereceu suas contrarazões e, após a subida do apelo, o Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso, a fim de que seja realizado novo concurso de remoção para o cargo.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca* - O impetrante baseia sua irresignação no art. 684 da Lei nº 5.256/66 - Estatuto dos Servidores da Justiça, que assim dispõe:

"Art. 684. A remoção será assegurada ao servidor mais antigo da classe, salvo preferência de servidor de maior mérito ou manifestação contrária da maioria absoluta do Conselho da Magistratura, e tudo com base em decisão fundamentada em critérios objetivos".

Acontece que tal dispositivo já estaria revogado, em face do novo mandamento constitucional:

"Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

(...)

§ 3°. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses".

Ora, a vaga surgiu com a publicação do edital, em 30/07/97, quando já ultrapassados quase 11 anos da publicação da Constituição, e vinha assim explicitado:

"Faço saber, a todos quantos o presente edital virem ou dele tiverem conhecimento, que se encontra vago o seguinte cargo, na Comarca de Santa Cruz do Sul, de entrância intermediária, sob o regime privatizado de custas:

Escrivão do 3° Cartório Cível.

Os interessados em remoção deverão dirigir seus requerimentos à Corregedoria-Geral de Justiça no prazo de 10 (dez) dias, contados do dia seguinte ao da publicação do presente edital no *Diário da Justiça*. Porto Alegre, 20 de junho de 1997" (fls.14).

Sem dúvida alguma, não se cuidou de concurso, mas, sim, de "requerimento", pretensão individualizada.

Assim, independentemente da questão levantada pelo recorrente sobre o fato de não ter a escrivã litisconsorte o tempo necessário à remoção (dois anos), uma questão constitucional maior supera toda e qualquer outra argüição, qual seja, a de que se faz necessária a abertura de concurso público para provimento ou remoção para aquele cargo, por cuidar-se de atividade notarial.

Dessa forma, dou parcial provimento ao recurso, com vistas a anular a respectiva remoção da escrivã Geisa Magali Rosa Moura e proceder-se a concurso de remoção para o cargo.

:::-

**DIVÓRCIO - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO REIVINDICADA PELO MARIDO EM BENS HAVIDOS PELA MULHER APÓS LONGA SEPARAÇÃO DE FATO**

**- Não se comunicam os bens havidos pela mulher após longa separação de fato do casal (aproximadamente 20 anos). Precedentes da Quarta Turma.**

**- Recurso especial não conhecido.**

RECURSO ESPECIAL Nº 86.302-RS - Relator: Ministro BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que integram o presente julgado.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 17 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Barros Monteiro* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Barros Monteiro* - Gregório Romeu Gonçalves da Silva ajuizou ação de divórcio direto contra Eunice de Miranda Melo Gonçalves da Silva.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação para o efeito de decretar o divórcio, reconhecendo ao autor o direito à meação dos bens elencados na inicial, exceto os móveis e eletrodomésticos, mediante partilha a ser processada oportunamente.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento à apelação para julgar improcedente a partilha dos bens havidos pela ré. Eis a ementa do acórdão:

"Divórcio direto. Partilha de bens. Meação indeferida. - Desfeita a sociedade conjugal há mais de vinte anos pela separação de corpos e desfeito, assim, o casamento como manifestação de vontade ou concretização da união entre os litigantes, sendo que, inclusive, o varão constituiu, de há muito, entidade familiar, os bens adquiridos pela mulher através de herança, posteriormente à separação, não se comunicam. Precedentes jurisprudenciais. Apelo provido" (fls. 137).

Os embargos infringentes foram rejeitados em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"Separação judicial. Pretensão do cônjuge-varão à meação de bens herdados pela ex-mulher doze anos após a separação fática por abandono voluntário do lar pelo marido, ocorrido há cerca de vinte anos. Comunicabilidade inadmissível. Ausência de suporte legal justo. - Comprovada a longa separação de fato do casal, cessa ao varão que abandonou o lar e mantém união estável e filhos com outra mulher a comunicabilidade dos bens havidos pelo ex-cônjuge, posteriormente ao rompimento fático dos consortes. Casamento para dar azo aos efeitos jurídicos do regime matrimonial estabelecido pressupõe coabitação. Sem convivência inexiste casamento gerando direitos e obrigações. Embargos rejeitados" (fls. 171).





Inconformado, o autor manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea *a* do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 262, 263 e 267 do Código Civil. Defendendo a imutabilidade do regime de casamento - comunhão universal -, sustentou o direito à meação dos bens havidos por sucessão de seus sogros antes da decretação do divórcio. De outro lado, abordou a questão da suspeição do Desembargador Relator da apelação da qual se originou o recurso de embargos infringentes.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Barros Monteiro* (*Relator*) - 1. O tema alusivo à suspeição do Sr. Desembargador Relator da apelação, a par da preclusão operada por ausência de impugnação oportuna, não foi objeto de prequestionamento, pressuposto específico do apelo excepcional (Súmula nº 282-STF).

2. No tocante à questão de fundo, o REsp interposto é, a rigor, inadmissível, pois o recorrente se cinge a argüir a contrariedade a dispositivos do Código Civil, sem articular de maneira lógica e coordenada as razões embasadoras de suas afirmativas. Invocável, no ponto, o enunciado do Verbete Sumular nº 284 da Suprema Corte.

Em verdade, o autor - ora recursante - olvida por completo a matéria de fato que constitui o supedâneo da decisão ora recorrida. O ex-marido abandonou a família há mais de 20 anos, passando a conviver maritalmente com outra mulher, havendo inclusive manifestado o desinteresse quanto à destinação dos bens que eventualmente lhe tocariam por força do regime da comunhão universal.

Firmada tal situação de fato, ainda que arredada a deficiência formal do recurso especial, acima salientada, tem-se que o decisório combatido não ofendeu os preceitos de lei federal invocados pelo recorrente. A constância do casamento pressupõe à evidência a convivência dos consortes, o que no caso se rompera de há muito. Além do mais, a pretensão à meação manifestada pelo ex-marido, em face das bases fáticas que emolduram o presente litígio, representaria, sim, verdadeiro enriquecimento injusto, conforme deixaram patente tanto o acórdão da apelação como o *decisum* proferido em sede de embargos infringentes.

Não se comunicam, portanto, os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato.

Essa, de resto, a orientação já traçada por esta colenda Turma em pelos menos dois precedentes. Num deles, assentou-se que "os bens adquiri-

dos pelo marido após 30 anos de separação de fato não integram a meação" (REsp nº 60.820/1-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar). Do voto prolatado pelo ilustre Ministro Relator colhe-se este excerto, de inteira pertinência na espécie em exame:

"Ocorre que a jurisprudência, em caso como o dos autos, reconhece que a mulher separada de fato do marido há mais de trinta anos, com quem conviveu durante meses, não tem direito sobre o que o marido adquiriu durante a longa separação, a que o tempo se encarregou de atribuir efeitos definitivos e consolidados, inclusive de natureza jurídica. O eminente Prof. YUSSEF SAID CAHALI, no seu excelente trabalho sobre *Divórcio e Separação*, analisa e comenta a orientação que se formou a respeito do ponto, concluindo: 'O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desses ao outro cônjuge' (*op. cit.*, 2ª ed., II/873)".

Pertinente, ainda, a decisão proferida por este órgão fracionário quando do julgamento do REsp nº 127.077-ES, também de relatoria do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

3. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

-:::-

## PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - TRANSFERÊNCIA DO JUIZ QUE COLHERA A PROVA - CPC, ART. 132 - PRECEDENTES - DOUTRINA - RECURSO DESACOLHIDO

**I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.**

**II - Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.**

**III - As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação têm por intuito a agilização da prestação jurisdicional.**

RECURSO ESPECIAL Nº 149.366-SC - Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEXEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 17 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Barros Monteiro* - Presidente. - *Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* - Relator.

EXPOSIÇÃO

*O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* - Julgada procedente pretensão ajuizada pelos recorridos, que postularam: a) a nulidade de uma anterior ação de usucapião extraordinário aforada pelo ora recorrente; b) o conseqüente cancelamento dos registros imobiliários; c) a reivindicação da terra adquirida por usucapião. Em apelação, alegou o réu, dentre outros pontos, violação do princípio da identidade física do juiz, por não ter sido a sentença proferida pelo magistrado que concluiu a instrução, mas por substituto.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina rejeitou a preliminar, em razão de a Comarca de origem ter sido colocada em regime de exceção, por força de portaria da Corregedoria, e deu provimento parcial ao recurso para julgar improcedente o pedido reivindicatório formulado pelos autores.

Irresignado, o apelante interpôs recurso especial, alegando, além de dissídio, violação do art. 132 do Código de Processo Civil, sustentando que o juiz que instrui a causa deve julgá-la, mesmo quando transferido de vara.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido na origem, opinando o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* (*Relator*) - 1. É de afastar-se, inicialmente, o pretendido dissídio jurisprudencial com julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos, pelo qual o recorrente alega a desnecessidade da citação pessoal de que trata o art. 942 do Código Civil, quando se torna impossível afirmar que o imóvel esteja registrado em nome de alguém.

Com efeito, como bem observou o prévio juízo de admissibilidade, assim como o Ministério Público Federal, o recorrente, além de não ter juntado certidão ou cópia autenticada do acórdão tido como divergente, não citou o repositório de jurisprudência em que o mesmo foi publicado, sendo certo que "a publicação no *Diário da Justiça* não é suficiente para comprovação de dissenso, pois necessário que conste o inteiro teor do acórdão trazido à colação" (AgRg/Ag nº 55.073-RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ*, 16/9/94).

Desatendidas, portanto, as alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 255, RISTJ.

2. Relativamente à violação do princípio da identidade física do juiz, não há como agasalhar o inconformismo posto nas razões do especial, uma vez que a lei se refere a afastamento por qualquer motivo. Ocorrendo tal

hipótese, permite-se ao magistrado substituto sentenciar o feito, o que se coaduna com os fins instrumentais do processo civil, até porque as designações de cooperação, feitas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados, têm por intuito melhorar, no aspecto rapidez, a solução dos conflitos.

Lastreada em tal propósito, esta Turma tem prestigiado os julgamentos feitos por outros juízes que não aqueles que colheram a prova oral em audiência, como nos casos de remoção. Assim, para exemplificar, os REsp's nºs. 121.362-RS (*DJ*, 19/12/97) e 77.127-RJ (*DJ*, 16/3/98), relatados pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar e por mim, com as seguintes ementas:

"Identidade física do juiz. Juiz removido. - O afastamento do juiz que instruiu o feito, ainda que para vara da mesma comarca, permite ao seu substituto julgar o processo. Art. 132 do CPC".

"Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, o afastamento, por qualquer motivo, do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, autoriza que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas".

Mais recentemente, no REsp nº 134.678-RS, também de minha relatoria, julgado em 2/3/99, por unanimidade, entendeu-se a autorização até mesmo em caso de afastamento do titular por motivo de férias, ficando o acórdão com esta ementa:

"Processo civil. Princípio da identidade física do juiz. Juiz afastado por qualquer motivo. Gozo de férias. Não-vinculação. Art. 132 do Código de Processo Civil. Doutrina. Precedentes. Recurso desacolhido.

I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, autoriza seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

II - Na expressão 'afastamento por qualquer motivo', é de ter-se como englobadas também as férias do julgador, já que seu gozo é uma das modalidades de afastamento.

III - Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.

3. Na doutrina, a respeito, prelecionam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY:

"Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria" (*Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., RT, nota 4 ao art. 132, p. 557).

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ao comentar as modificações do





art. 132, CPC, introduzidas pela Lei nº 8.637/93, foi além, sustentando inclusive a relatividade do referido princípio:

"Vê-se pois que o legislador (note-se que esta lei não teve origem em projeto sugerido pela comissão de juristas que estuda a reforma do CPC), não desejando romper de todo com o princípio doutrinário da imediação, manteve em tese a aplicação da decorrente regra da identidade física relativamente ao juiz que concluir a instrução em audiência; mas simultaneamente, por certo tendo em vista conveniências de ordem prática, estabeleceu tantos casos de afastamento da regra que se poderia, quiçá, dizer que esta terá permanecido no Código mais como uma homenagem à preconizada 'oralidade' processual" (*Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, Forense, 7ª edição, nº 33, p. 37).

A propósito, já na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, há mais de 25 (vinte e cinco) anos, Alfredo Buzaid chamava a atenção da difícil aplicação desse princípio de forma absoluta, como se vê do seguinte trecho:

"Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do País, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira".

Com esse entendimento, afina-se, aliás, a observação do Ministro Eduardo Ribeiro, na qualidade de Relator do REsp nº 13.651-SP (*RSTJ*, 27/496):

"Há de ser recebida com reservas a afirmação de que a regra é a observância da identidade física e que as exceções devem ser interpretadas sem ampliações. Na verdade, a regra é o juiz exercer jurisdição na vara de que é titular ou para a qual se encontra designado".

4. É de registrar-se, finalmente, que mesmo em casos anteriores à vigência da nova redação do art. 132, CPC, esta Turma já se inclinava nesse sentido, como se vê do REsp nº 62.744-DF (*DJ*, 16/10/95), Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

"Competência. Identidade física do juiz. Art. 132 do CPC. - Promovido o juiz que tenha concluído a instrução do processo, desvincula-se ele do feito, sendo competente para proferir a sentença o magistrado que assumiu a vara. A nova redação dada ao art. 132 veio ratificar esse entendimento (Lei nº

8.637/93). Recurso conhecido pela divergência, mas improvido".

5. Não houve, destarte, violação do direito federal, e nem mesmo se caracterizou o dissídio, em face do Enunciado nº 83 da Súmula/STJ.

6. Em face do exposto, não conheço do recurso.

-:::-

## ALIMENTOS - AVÔ - IMPOSSIBILIDADE DE O MENOR RECEBER ALIMENTOS DO PAI

**- A responsabilidade alimentar do avô tem como pressuposto a "falta" dos pais (art. 397 do Código Civil), a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação, inadimplente durante meses, e sem que o credor tivesse algum êxito no processo de execução em curso.**

**- Recurso conhecido e provido para admitir a legitimidade passiva do avô paterno.**

RECURSO ESPECIAL Nº 169.746-MG - Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 22 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Barros Monteiro* - Presidente. - *Ministro Ruy Rosado de Aguiar* - Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar* - H.G.F., menor impúbere, representado por sua mãe, R.M.F., promoveu ação de alimentos, com pedido de liminar, contra seu pai, E.P.F., e contra seu avô paterno, D.S.F.

Comprovado o parentesco entre o autor e os réus, os alimentos provisionais foram arbitrados em valor equivalente a dois (2) salários mínimos para cada um dos réus.

Na contestação, o pai sustentou a sua impossibilidade de prestar os alimentos provisionais arbitrados, porquanto já os presta à mãe do autor, no valor de um salário mínimo, consoante Processo nº 089.837/2-94, ali incluídas todas as despesas com o filho. O avô paterno, por sua vez, alegou que os pais do





autor têm condições de alimentar o filho, pelo que deve ser excluído da lide, pois a sua obrigação somente surgiria caso faltassem tais condições aos pais.

O Dr. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o primeiro réu ao pagamento da importância mensal equivalente a 01 (um) salário mínimo em favor do autor, além das despesas de moradia, médicas, de mercearia e de remédios. O segundo réu foi condenado ao pagamento de dois (02) salários mínimos.

Rejeitados os embargos de declaração opostos pelo primeiro réu, os demandados apelaram, argüindo, em preliminar, a nulidade da sentença. Sustentaram a existência de flagrante desequilíbrio entre a capacidade do primeiro apelante em prestar alimentos e a necessidade do apelado, pelo que houve excesso de condenação relativamente ao primeiro réu. Quanto ao avô, indevida a sua condenação, porquanto o pai já presta alimentos ao menor.

A eg. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e deu provimento parcial ao recurso para excluir da lide o avô, em face de sua ilegitimidade passiva (art. 267, VI, do CPC), mantida a r. sentença quanto ao mais.

Foram opostos dois embargos de declaração. Os primeiros pelo autor, não conhecidos; os segundos, pelos réus, rejeitados.

O autor ingressou com recurso especial pela alínea *c*, sustentando que o v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais teria dissentido de julgados de outros tribunais ao interpretar o art. 397 do Código Civil (Apelação Cível nº 229.103/1, do eg. TJSP, Apelação Cível nº 585058100, do eg. TJRS, entre outros). Afirma que diante dos paradigmas mencionados "é patente a extensão do dever de alimentos aos ascendentes, decorrente do parentesco, observando-se que a obrigação alimentar não é solidária, mas conjunta dos obrigados, justificando-se de pleno direito o chamamento do avô à lide para o efeito de concorrerem na complementação do *quantum* necessário, nos termos do art. 397 do Código Civil".

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, daí o Agravo de Instrumento nº 161.421-MG (autos apensos), a que neguei provimento (fl. 95). Interposto regimental, reconsiderei a decisão primeira para ordenar o processamento do recurso especial, atendendo às alegações de que o pai não cumpre com a prestação alimentar.

Subiram os autos.

O d. MPF opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, e, no mérito, pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado*

*de Aguiar* - I. Trata-se de estabelecer se o neto pode dirigir a ação de alimentos contra o avô.

O pressuposto para o reconhecimento da pretensão, que a lei permite em situação que define como "falta dos pais" (art. 397 do Código Civil), está na ausência do parente obrigado mais próximo, na absoluta inexistência de recursos do obrigado em primeiro lugar, ou na relativa insuficiência da sua prestação. O muito ilustre Prof. YUSSEF SAID CAHALI esclarece a questão: "Assim, duas circunstâncias abrem oportunidade para a convocação do ascendente mais remoto à prestação alimentícia: a falta de ascendente em grau mais próximo ou a falta de condição econômica deste para fazê-lo" (*Dos Alimentos*, 3ª ed., p. 702).

Neste Tribunal, já assim se decidiu:

"Alimentos. Menor impúbere (representado pela mãe). Complementação pelo avô. - Juridicamente não há o que impeça ao avô de complementar os alimentos insuficientemente prestados pelo pai.

Fixação. Critério (Código Civil, art. 400). Questão que, na espécie, diz respeito ao conjunto probatório, não examinável pelo STJ (Súmula 7).

Recurso não conhecido" (REsp nº 79.409-RS, 3ª Turma, Rel. em. Min. Nilson Naves, *DJ*, 01/02/99).

Apreciando causa em que o pai prestava alimentos considerados insuficientes, esta Quarta Turma julgou o REsp nº 70.740-SP, da relatoria do em. Min. Barros Monteiro:

"Ação de alimentos proposta por neto contra os avós paternos. Exclusão pretendida pelos réus sob a alegação de que o progenitor já vem contribuindo com uma pensão. Art. 397 do Código Civil.

- O fato de o genitor já vir prestando alimentos ao filho não impede que este último possa reclamá-los dos avós paternos, desde que demonstrada a insuficiência do que recebe.

- A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação à responsabilidade dos progenitores, mas também é complementar para o caso em que os pais não se encontrem em condições de arcar com a totalidade da pensão, ostentando os avós, de seu turno, possibilidades financeiras para tanto.

- Recurso especial não conhecido".

2. No nosso caso, o avô foi excluído da lide, "já que a criança tem pais e em condições de lhe prestar alimentos", e o pai condenado a pagar um salário mínimo em favor do filho.

O pai sempre afirmou nos autos a sua "absoluta impossibilidade" de pagar qualquer pensão ao filho, pois já está condenado à verba alimentícia de um salário mínimo para a mulher, mãe da criança, de nada mais dispondo.





A sua alegação não teria maior conseqüência para o exame da questão, não fora o fato de ele não ter pago nenhuma das prestações a que foi condenado, o que exigiu a propositura de ação de execução, conforme informado nos autos.

Nesse contexto, e considerando que os alimentos provisórios vêm sendo pagos apenas pelo avô, a sua exclusão da lide e liberação quanto à alimentação do neto deixará este, de fato, na contingência de aguardar o desfecho da ação de execução, que já se arrasta há alguns anos, para receber, se tiver algum êxito, a pensão alimentícia a que o pai foi condenado.

Com isso quero dizer que, demonstrada a impossibilidade de o credor de alimentos receber sua pensão do pai, primeiro obrigado, o qual de fato não cumpriu durante meses com a determinação judicial quanto aos provisórios, não havendo notícia de êxito na execução que o menor foi constrangido a promover contra o devedor, é de se reconhecer a presença de uma das hipóteses em que a insuficiência da prestação fornecida pelo pai, devedor prioritário, justifica a instauração da lide alimentícia contra o avô, pois o pai, até hoje, apesar dos esforços do filho, mostrou-se incapacitado de cumprir a sua obrigação.

É possível dizer-se que ainda restam medidas judiciais contra o pai, e que este termina sendo beneficiado com o lançamento da responsabilidade sobre o avô, mas a necessidade de proteção do interesse da criança leva à solução que garanta de modo mais imediato a satisfação de sua necessidade alimentar.

3. A divergência ficou bem demonstrada:

"Assim, cabe aos avós a suplementação da obrigação alimentar, diante da ausência do genitor, ou mesmo quando este não esteja em condições de arcar com a totalidade da pensão de que o descendente necessita" (Agravo de Instrumento nº 44.478/6, 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, j. em 26/09/95).

Já antes disso, assim decidira o eg. TJRS, em acórdão relatado pelo então Des. Athos Carneiro:

"A circunstância de o pai dos menores - quem, aliás, os apelantes afirmam desempregado e sobrevivendo de biscates - haver comparecido à audiência e oferecido - mera oferta verbal - uma morfina pensão não acarreta a *ilegitimatio ad causam* dos demandados, devendo, pois, a ação prosseguir até sentença final. A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação à responsabilidade dos progenitores, mas também é complementar para quando os progenitores não estão em condições financeiras de arcar com a totalidade da pensão de que os descendentes necessitam e que os avós estejam em condições de adequadamente complementar.

(...)

Assim entendo, e tendo em vista as condições econômico-financeiras do

avô paterno, estabeleceu-se a sua participação no aumento da pensão alimentícia. Aí se vê uma razoável inteligência, que bem se enquadra no alcance da obrigação prevista no citado art. 397, que se assenta na solidariedade familiar" (fl. 267).

4. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento, para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva do avô.

É o voto.

-:::-

## RECURSO ESPECIAL - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE

**- A Lei nº 8.009/90, art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e, como normalmente acontece, passem a residir em outras casas. *Data venia*, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal.**

RECURSO ESPECIAL Nº 182.223-SP - Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificando decisão proferida na sessão de 17/12/98, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 19 de agosto de 1999 (data de julgamento). - *Ministro Vicente Leal* - Presidente - *Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro* - Relator.





RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro* (*Relator*) - Recurso especial interposto por Benedito Guimarães da Silva, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim decidindo, *verbis*:

"*Nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90, impenhorável é apenas o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, excluído, evidentemente, o bem de pessoa solteira*" (fls. 150).

O recorrente alega ofensa à Lei nº 8.009/90, aduzindo, ainda, dissídio jurisprudencial.

Contra-razões (fls. 175/179).

Despacho de admissão à fl. 181.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro* (*Relator*) - O recorrente argúi em suas razões de recurso, *verbis*:

"Destaque-se, por significativo, o teor da prova produzida na justificação, com os depoimentos de folhas 111/116, que justificam o fato do recorrente viver com uma pessoa cujas testemunhas conhecem o fato e declararam que o mesmo reside no local e é proprietário do imóvel, não ocorrendo desta forma a douta previsão que o Tribunal adotou, a saber, que o imóvel é apenas impenhorável se o proprietário for casado, excluindo o bem de pessoa solteira e também sem analisar, com precisão, a questão do concubinato e o contido no artigo 226, § 4º, da Carta Magna, condição esta que não está arrimada na legislação em tela" (fls. 171/172).

O v. acórdão, Relator Juiz Narciso Orlandi, analisou a controvérsia, afastando o benefício da impenhorabilidade ao fundamento de que somente o imóvel residencial próprio do casal ou de entidade familiar poder ser considerado bem de família.

Ressalto a seguinte passagem:

"Foi vã a tentativa de provar a existência de entidade familiar. Os elementos trazidos pelo embargante são débeis demais para demonstração de convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família. São essas características que, exigidas por lei (art. 1º da Lei nº 9.278/96), não foram provadas" (fls. 153).

A Lei nº 8.009, de 29 de maio de 1990, dispõe no art. 1º:

"O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei".

O diploma legal referido precisa

ser interpretado consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais.

O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar.

Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva.

Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias e, como normalmente acontece, passem a residir em outras casas.

*Data venia*, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal.

Nessa extensão, desnecessário, na hipótese *sub judice*, fazer investigação probatória. O v. acórdão repeliu a pretensão do recorrente tão-só porque solteiro.

Isto posto, conheço e lhe dou provimento.

-:::-

## PROCESSUAL CIVIL - PROCEDIMENTO MONITÓRIO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - VIABILIDADE - "PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO" - ART. 1.102, *A*, CPC - CARACTERIZAÇÃO - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO

**I - O procedimento monitório, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento.**

**II - A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102, *a*, CPC.**

**III - Não se prestando o contrato de abertura de crédito (cheque especial) à via executiva, conforme decidiu a Segunda Seção, em 09/12/98, por meio dos EREsp nº 108.259-RS, e constituindo documento particular, assinado pelos devedores, bastante a comprovar a existência do débito, mostra-se hábil à utilização do procedimento monitório.**

**IV - Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma de cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos, previstos no art. 1.102, *c*, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário.**

**V - Ausente o prequestionamento, torna-se inviável o acesso à instância especial, a teor do Enunciado nº 282 da Súmula/STF.**

RECURSO ESPECIAL Nº 218.459-RS - Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999 (data do julgamento).- *Ministro Ruy Rosado de Aguiar* - Presidente. - *Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* - Relator.

EXPOSIÇÃO

*O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira* - O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul extinguiu, de ofício, a ação monitória intentada pelo recorrente contra os recorridos, com base em "contrato de crédito rotativo", tendo o acórdão recebido esta ementa:

"Ação monitória. Documento exigível. - Embora prescindindo de eficácia típica dos títulos executivos, reclama a ação monitória documento público ou privado que justifique crédito, revestido de liquidez e exigibilidade. - Processo extinto de ofício".

Contra esse acórdão o banco interpôs recurso especial, apontando violação dos arts. 128, 467, 468, 1.102, *a*, e 1.102, *b*, do Código de Processo Civil. Sustenta o recorrente que: a) a liquidez do título que embasa a ação monitória não tem relação com as condições da ação, nem com os pressupostos processuais, porém se refere ao mérito; b) os dispositivos legais atinentes ao processo monitório não exigem liquidez do título, mas somente "prova escrita", tendo o acórdão apreciado a questão à luz da disciplina do processo de execução; c) a apreciação da liquidez do título, pelo Tribunal, afronta a coisa julgada; d) não poderia o acórdão apreciar de ofício o tema, sem que tenha sido suscitado pelas partes, principalmente em prejuízo do credor, como é o caso. Pretende que o processo retorne ao órgão de segundo grau, a fim de ser examinada a apelação.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator)* - 1. Afasta-se, inicialmente, o exame da insurgência relativamente à alegada violação dos arts. 128, 467 e 468, CPC, por falta de prequestionamento. Com efeito, o Tribunal não tratou a espécie sob os limites da lide, nem da coisa julgada, temas a que se referem esses dispositivos. Por outro lado, não logrou o recorrente colher o pronunciamento da Corte de origem a propósito, o que poderia ter feito pela via dos embargos de declaração. Destarte, incide, na espécie, o Enunciado nº 282 da Súmula/STF.

2. O inconformismo diz respeito ao cabimento ou não do procedimento monitório fundado em contrato de abertura de crédito (cheque especial). Sobre o ponto, concluiu o acórdão que o documento a instruir essa ação deve revestir-se de liquidez e de exigibilidade, a tal não se prestando o contrato, que não contém a "demonstração discriminada da origem e evolução do débito (...), porquanto imprecisos e padronizados os extratos juntados, sequer trazendo a forma de cálculo utilizada. Não há especificidade em relação aos valores emprestados, encargos e periodicidade aplicados durante a vigência da contratação" (fl. 106).

Acerca do propósito e da finalidade do processo monitório, externei, no voto que proferi no REsp nº 208.870-SP (*DJ*, 28/6/99), na posição de Relator:

"O processo monitório foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.079/95. Procedimento muito difundido no direito europeu, sendo adotado em países como a Itália (*procedimento d'ingiunzione*), a Alemanha e a Áustria (*Mahnverfahren*), a França e a Belgica (*injonction de payer*), tem por principal finalidade acelerar a tramitação de causas e encurtar o caminho para a obtenção de um título executivo, sem a necessidade de o credor se valer da morosa via do processo de conhecimento. A propósito, em doutrina, pude assinalar:

'Este capítulo introduz o procedimento monitório, também chamado 'injuntivo', no atual processo civil brasileiro. Cuida-se de procedimento há muito utilizado no direito europeu, e com amplo sucesso. Seu objetivo é abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento, partindo do pressuposto de que há créditos, sem eficácia de título executivo, que não justificam o moroso e caro procedimento do processo de cognição, especialmente pela antevisão de que o devedor não terá defesa convincente, séria, a opor. Trata-se de mecanismo hábil e ágil, em que assegurado o eventual contraditório' (*Código de Processo Civil Anotado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 694).





No mesmo sentido, J. E. CARREIRA ALVIM:

'O procedimento monitório (ou injuncional) é procedimento do tipo 'de cognição sumária', caracterizado pelo propósito de conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada. A sumariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, naqueles casos em que é *provável* a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito mesmo, seja particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele. Para *Calamandrei*, a cognição (na primeira fase) é considerada não tanto na função mediata de acertamento, mas na sua função mediata de preparação do título executivo.

A finalidade do procedimento monitório (ou injuncional) - assim chamado por conter um mandado (ou ordem) ao devedor - é evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar' (*Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, cap. I, nº 7, p. 32-33).

A natureza do processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional permitem concluir que é cabível o procedimento monitório sempre que o credor possuir documento que comprove o débito mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento da ação pelo rito ordinário ou sumário".

Com esse espírito de agilidade na prestação jurisdicional, não se harmoniza a exigência de que a "prova escrita sem eficácia de título executivo", referida no art. 1.102, *a*, do Código de Processo Civil, contenha os mesmos requisitos exigidos aos títulos executivos, embora tenha optado pela modalidade documental, a pressupor "prova escrita".

A respeito, escreve CARREIRA ALVIM:

"Entre nós, tanto a prova escrita, despida de eficácia executiva, quanto a que constitua começo de prova por escrito, igualmente destituída dela, sempre puderam embasar ação *ordinária*, com cognição plena; em qualquer caso, dependiam de título judicial, só possível de obtenção em sede de conhecimento. Embora a lei não conceitue a prova 'escrita', para fins monitórios, inexiste dúvida de que tal só pode ser considerada a escrita *stricto sensu*, quer dizer, a *grafada*, compreendendo tanto as provas 'preconstituídas' quanto as 'casuais'.

(...)

Destarte, no âmbito do procedimento monitório, a 'prova escrita', pode ser constituída por escritura pública, documento particular, documento demonstrativo de relação jurídica material ou de simples valor probatório (*Hellwig System*), podendo ser também documento não subscrito, como as anotações constantes de escrita *comercial*, manual ou reproduzido por qualquer meio de reprodução mecânica (*Calamandrei*)" (*Ação Monitória e Temas*

*Polêmicos da Reforma Processual*, 3ª ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, cap. I, nº 11, p. 37-39).

Em outra oportunidade, acentuou esse ilustre doutrinador e magistrado:

"Cumpre observar também que essa probabilidade, fundada na prova escrita, comporta uma graduação, não se podendo equiparar o juízo firmado com base num documento subscrito pelo próprio devedor, com o firmado num documento subscrito por preposto seu, a seu mando, ou no comprobatório de compras feitas pelo devedor, oriundo da escrita do próprio credor (como o livro comercial). Mas tudo será avaliado pelo juiz no momento de expedir o mandado inicial e, se entender que não estão preenchidos os requisitos legais, deverá indeferir a petição inicial. Não, porém, sem antes ouvir o autor, que poderá dispor de outros elementos (escritos) capazes de *completar* a prova. O art. 284 tem, na espécie, inteira aplicação" (*Procedimento Monitório*, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 1995, cap. III, nº 5, p. 71).

Na mesma linha, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA ANDRADE NERY:

"*Documento escrito.* O documento que aparelha a ação monitória deve ser escrito e não possuir eficácia de título executivo. Se tiver, o autor será carecedor da ação monitória pois tem, desde já, ação de execução contra o devedor inadimplente. Por documento escrito deve-se entender 'qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória' (GARBAGNATI, *Il Procedimento d'Ingiuzione*, nº 18, p. 51; VALITUTI-DE STEFANO, *Il Decreto Ingiuntivo e la Fase de Opposizione*, p. 46). O documento escrito pode originar-se do próprio devedor ou de terceiro (CARPI-COLESANTI-TARUFFO-MARCOCCHI, *Comm. Breve*, 634, 917; CARREIRA ALVIM, *Procedimento Monitório*, 69; RAPHAEL SALVADOR, *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, 20). Exige-se a prova escrita em sentido estrito, para que se admita a ação monitória. A prova escrita em sentido amplo (fita-cassete, VHS, sistema áudio-visual, início de prova de que fala o CPC, 402, I, etc.) não é hábil para aparelhar a ação monitória (CARREIRA ALVIM, *Procedimento Monitório*, p. 64-65; BERMUDES, *Reforma*, 172/173). Portanto, para se demonstrar a aparência do direito, autorizadora da expedição do mandado monitório, não se admite prova não escrita como, por exemplo, a testemunhal.

*Documento escrito. Exemplos.* Qualquer documento escrito que não se revista das características de título executivo é hábil para ensejar a ação monitória, como por exemplo: a) cheque prescrito; b) duplicata sem aceite; c) carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços; d) carta agradecendo ao destinatário empréstimo em dinheiro (BERMUDES, *Reforma*, 172); e) telegrama; f) fax" (*Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed. rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.282, notas 4 e 5 ao art. 1.102, *a*).





No tema, assinala ANTÔNIO CARLOS MARCATO:

"Isso significa que deve ser considerado documento hábil a respaldar a pretensão à tutela monitória aquele produzido na forma *escrita* e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utilizado no processo de cognição plena. Em síntese - e aqui lançamos mão de entendimento jurisprudencial já consolidado na Itália -, qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

(...)

A prova escrita exigida pela lei deve, portanto, ser completa, no sentido de justificar plenamente o pedido de injunção, podendo o juiz, diante de sua insuficiência, permitir ao autor, quando muito, a sua complementação, no prazo para tanto assinado, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, arts. 283, 284 e 295, VI, conjugados, do CPC). De modo algum estará autorizado, no entanto, a suprir a insuficiência da prova escrita através de provas orais (testemunhos e interrogatórios), seja porque essa possibilidade acarretaria a inversão do procedimento (pois só haverá instrução probatória se e quando opostos os embargos ao mandado), seja porque, mostrando-se insuficiente a prova escrita e não podendo ser oportunamente complementada pelo autor, impor-se-á, como dito, o puro e simples indeferimento da petição inicial.

A variedade da prova documental hábil a instruir a petição inicial é atestada pela doutrina brasileira, ao indicar, como exemplos, a sentença meramente declaratória e os títulos de crédito fulminados pela prescrição, o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os vales, reconhecimentos de débito em contas e faturas, confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados, documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros, as cartas ou bilhetes de que se possa inferir confissão de dívida e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito) ou títulos de crédito a que falte algum requisito exigido por lei, a transação escrita sem *referendum*, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante de entrega da mercadoria, a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços etc." (*O Processo Monitório Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 64-65).

No mesmo sentido da amplitude dos documentos a instruir a ação monitória, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*A Reforma...*, 3ª ed. rev., amp. e atual., Malheiros, 1996, nº 168-F, p. 234-236).

3. É de convir-se, por outro lado, que algumas legislações chegam a adotar o "monitório puro", a dispensar a prova escrita, o que bem demonstra o escopo perseguido por essa via judicial em alcançar com rapidez e simplicidade o título exeqüendo, sem

prejuízo do contraditório eventual, garantido pela fungibilidade na dependência exclusiva da vontade do réu em oferecer embargos, o que forçosamente leva a causa para a via ordinária.

CHIOVENDA, ao dissertar sobre as modalidades desse procedimento, consigna:

"Variam, portanto, os processos monitórios no direito moderno, quanto às condições e ao objeto: alguns (como o *Mandatsverfahren* austríaco) exigem que o direito do autor se funde em documentos, e outros (como o *Mahnverfahren* alemão e austríaco e o *Rechtsbot* suíço), não" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969, § 10, II, nº 77, p. 255).

4. No caso, o banco recorrente ajuizou a ação monitória com base no contrato de abertura de crédito firmado com os recorridos. Trata-se de instrumento particular, assinado pelos devedores, amoldando-se ao conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo". Sobre a viabilidade de se valer a instituição financeira desse instrumento para a ação monitória, colhe-se do REsp nº 146.511-MG, desta Quarta Turma (*DJ*, 12/4/99):

"Ação monitória. Contrato de abertura de crédito. Viabilidade do remédio eleito. Ausência de interesse do autor por dispor ele da execução. Preliminar afastada.

- Pairando dúvida acerca da caracterização do contrato de abertura de crédito (cheque especial) como título executivo extrajudicial, inclusive no seio da jurisprudência, é facultado ao credor o emprego da ação monitória.

- Recurso especial conhecido e provido para afastar o decreto de carência".

Em seu voto, ressaltou, como Relator, o Ministro Barros Monteiro:

"Inegável o interesse do autor em propor a ação monitória.

Respeitável corrente jurisprudencial recusa ao contrato de abertura de crédito a categoria de título executivo extrajudicial, ainda que acompanhado do extrato de movimentação da conta corrente. A divergência manifestou-se até mesmo no seio deste Tribunal, conforme deixam patente os diversos arestos trazidos à colação no REsp interposto.

Nessas condições, era permitido à instituição financeira recorrente optar pela ação monitória para não correr o risco de deparar-se com a construção pretoriana que nega àquele contrato a qualidade de título executivo extrajudicial. Ao depois, sabe-se que nem sempre o banco está em condições de apresentar um completo demonstrativo contábil, de modo a evidenciar de modo cabal e pleno a evolução do débito exigido. Continua presente aí o risco de ver indeferido o processo de execução.

Prematuro, portanto, afirmar-se não possuir o autor da ação monitória o interesse processual nessas hipóteses.





Tal como tive oportunidade de observar na apreciação do Agravo de Instrumento nº 189.016-GO, não se pode obrigar o credor a utilizar a execução quando ele próprio tem dúvidas acerca da liquidez e certeza da dívida".

A Segunda Seção veio a firmar entendimento no sentido da imprestabilidade do contrato de abertura de crédito como título executivo, conforme registram os EREsp nº 136.520-DF (*DJ*, 21/6/99), da minha relatoria, com esta emenda, no particular:

"Direitos comercial e processual civil. Embargos de divergência. Execução. Contrato de abertura de crédito em conta corrente acompanhado de extrato circunstanciado de movimentação da conta corrente. Inexistência de título executivo. Orientação da Segunda Seção desta Corte. Enunciado nº 168, Súmula/STJ. Recurso desacolhido.

I - A Segunda Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp nº 108.259-RS, ao uniformizar seu entendimento, fixou orientação no sentido de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente, ainda que acompanhado do extrato bancário, não constitui título executivo extrajudicial".

E, ao fazê-lo, anotou a Seção, expressamente, em alguns votos, a possibilidade do manejo da ação monitória, tendo por base o contrato de abertura de crédito.

Destarte, não se prestando à via executiva e constituindo-se de documento particular, assinado pelos devedores, bastante a comprovar a existência do débito, o contrato de abertura de crédito mostra-se hábil à utilização do procedimento monitório, no qual, insurgindo-se a parte-ré, abre-se a via do contraditório amplo, pelos embargos.

5. À luz do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para ensejar o exame da apelação, pela Corte de origem, sem prejuízo do exame dos demais requisitos de admissibilidade.

-:::-

## *HABEAS CORPUS* IMPETRADO A FAVOR DE CRIANÇA - VISITA DE PAI À FILHA (REGULAMENTAÇÃO) - CONSTRANGIMENTO ILEGAL (INEXISTÊNCIA) - PEDIDO (FALTA DE CABIMENTO)

**1. Segundo o acórdão local, "Tratando-se de processo cível, em que se postula a regulamentação de visitas do pai à sua filha, menor impúbere, inexistindo qualquer resquício de que possa vir a ocorrer constrangimento ilegal atribuível ao Juízo, como autoridade apontada como coatora, relativamente à liberdade de ir e vir da menor-paciente, que não tem capacidade de discernimento, em face de sua tenra idade, defeso é acolher-se a pretensão de se lhe conceder salvo-conduto". Exato o acórdão estadual quanto à inexistência do alegado constrangimento.**

**2. Além do mais, conforme a opinião do Ministério Público, "em sede de *habeas corpus*, não se pode dar como absoluto, nem o direito do pai à visita, nem o do filho, que não pode ser privado da convivência de seu genitor".**

**3. No STJ, há precedentes segundo os quais "inteira impropriedade de tal *writ* para atacar a decisão provisória do juízo de família" (R*HC* nº 1.970, *DJ* de 1/6/92, e *HC* nº 1.048, *DJ* de 11/9/95).**

**4. Recurso ordinário desprovido.**

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 8.452-RJ - Relator: Ministro NILSON NAVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao *habeas corpus*. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Menezes Direito.

Brasília, em 15 de junho de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Presidente. - *Ministro Nilson Naves* - Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves* - Em favor de menor impúbere, pediu-se ordem de *habeas corpus*, no sentido de se determinar "a expedição de salvo-conduto em favor da paciente para que a mesma só se retire do lar materno com seu pai se assim o desejar. Solicita, ainda, que a presente ordem tenha eficácia até a averiguação psicológica ordenada pela ilustre autoridade coatora, quando, então, no momento oportuno, será tomada a decisão final".

Liminarmente, deferiu-se a ordem, "para regulamentar provisoriamente as visitas". Prestadas as informações, o Tribunal de Justiça denegou a ordem, conclusivamente:

"Portanto, tratando-se de processo cível, em que se postula a regulamentação de visitas do pai à sua filha, menor impúbere, inexistindo qualquer resquício de que possa vir a ocorrer constrangimento ilegal atribuível ao Juízo, como autoridade apontada como coatora, relativamente à liberdade de ir e vir da menor-paciente, que não tem capacidade de discernimento, em face de sua tenra idade, defeso é acolher-se a pretensão de se lhe conceder salvo-conduto. Não significa isso que se esteja negando à paciente, uma criança de apenas cinco de idade, que não se manifestou e nem pode manifestar-se, por motivo óbvio, quanto à sua preferência de ficar na companhia do pai ou da mãe, os direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal (art. 227) e pela Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 5º, 15 e 70). Esses direitos hão de pesar, evidentemente, quando o Juízo Cível competente tiver que dar solução às divergências entre os pais da menor, sendo defeso que se pretenda tolher a liberdade da autoridade judiciária de decidir sobre o que melhor convém à menor, mormente se a discussão está na sua fase embrionária e qualquer que seja sua decisão, será ela objeto de recurso próprio, no foro competente".

Daí o recurso ordinário, no qual se alega o seguinte, em conclusão:

"Apesar da clareza da posição do STF, a colenda Terceira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou, numa posição, *concessa maxima venia*, contraditória, no corpo do julgado, que, embora o menor seja sujeito de direito e não objeto, não pode possuir ou ter vontade própria.

Ora, nos dias modernos já não se pode aceitar a concepção do Prof. SERPA LOPES, que, em seu *Curso de Direito Civil*, v. I, Editora Livraria Freitas Bastos S.A., p. 270, afirmou:

'Assim, a expressão objeto de direito pode ter vários sentidos. Por isso, refere N. Coviello, para maior exatidão da linguagem e das idéias, denomina-se de objeto de direito tudo que pode incidir sob o poder do homem; e conteúdo dos direitos, tudo que for causa determinante do direito, o que tornar possível obtê-lo. Objeto de direito pode ser não só as pessoas como as coisas. O filho é objeto do pátrio poder; a mulher objeto dos direitos do marido ...'.

O v. acórdão recorrido nada mais fez do que alterar o 'papel de presente', sem modificar o conteúdo. Afirmou que criança é sujeito, mas não se concedeu nenhum direito.

A paciente tem vontade e a valoração da vontade é, sem dúvidas, o principal atributo do sujeito de direito. Dizer que um sujeito não tem vontade é negar-lhe a própria condição de sujeito.

Diante do exposto, certo está o recorrente de que a colenda Turma, a que couber por distribuição, conhecerá e dará provimento ao recurso para conceder a ordem. É certo, outrossim, que a situação fática permanece a mesma, vale dizer, a menor continua sem querer retirar-se do lar materno com o seu pai, pelo que a espada de Dionísio continua suspensa sobre sua pequena cabeça, tal como ocorreu com Dâmocles".

O Ministério Público Federal emitiu parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves* (*Relator*) - No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o pedido foi relatado pelo Desembargador Índio Rocha, cujas conclusões já constaram do meu relatório, e ao voto de S. Exa., brilhante, como bem o classificou o Desembargador Álvaro Mayrink, dou a minha adesão, pondo-me em conformidade com os seus fundamentos. Acrescento-lhe, para concluir pelo desprovimento

do recurso, a opinião do Ministério Público Federal, subscrita pelo Dr. Henrique Fagundes, Subprocurador-Geral da República, nestes termos:

"Em primeiro lugar, muito antes de advir o novel Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, nunca se considerou, na verdade, a criança como mero objeto do direito, reconhecendo-se-lhe a qualidade de sujeito de direito, em múltiplos pontos dos vários campos do direito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, é certo, veio a exaltar essa condição do menor, cuidando de minudenciar aquilo que, de forma genérica, se constituíra em preceitos que integraram, como integram, a consciência jurídica da sociedade, na época contemporânea, nos países onde viceja a denominada cultura ocidental.

Foi precisamente esse substrato cultural, essa consciência jurídica da Nação, que levou o constituinte a editar a norma do art. 227 da vigente Carta Maior, a saber:

'Art. 227. É dever da família, da sociedade e 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão'.

Todos os direitos, portanto, da criança e do adolescente não são balizados pelos cânones do liberalismo individual da Revolução Francesa, em que a supremacia da vontade fazia com que cedessem passo, no seu confronto, outros valores que, hoje, devem ombrear-se, paritariamente.

Por isso, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretadas, sempre, em atenção ao desejado pela Constituição no mencionado art. 227.

Logo, o direito de visitas da criança deve ter por escopo 'convivência familiar e comunitária', como assentado no dispositivo fundamental.

Aliás, nesse tema, o próprio Código Civil, no começo do século, deixava, em seu art. 237, ampla discrição ao juiz, seja no tocante à guarda, seja no tocante à regulamentação das visitas, sempre que necessária para dispor 'a bem dos filhos'. Daí, a vetusta, mas, ainda, atual, lição do saudoso professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil*, Saraiva, 1962, 5ª ed., v. II, p. 227/228), 'o critério a orientar o juiz, em semelhante conjuntura, é o interesse ou a conveniência do menor, interesse ou coveniência que há de preponderar inquestionavelmente sobre os direitos e prerrogativas a que acaso se arroguem os pais'. Por isso mesmo, ainda na esteira do eminente professor, o direito de visita 'só pode ser eventualmente suprimido se ficar comprovado que o cônjuge vem exercendo nociva influência no espírito dos filhos. Nesse caso, a bem do menor, pode o juiz reduzir ao mínimo o direito de visita e até suprimi-lo inteiramente, se julgar imprescindível tão extrema providência' (*idem*, p. 231).





Do quanto se vem de expor, não é a vontade do menor que há de ter relevo na regulamentação da visita, muito menos quando esse menor tinha, ao tempo da impetração, cinco anos de idade, mas, sim, o bem do menor. Não se pode, nesse passo, desconsiderar que, no intuito do bem do menor, a convivência familiar e, pois, com seu pai, há de sobrepairar à mera negativa da visita, tanto mais quanto a experiência ordinária demonstra que, muitas vezes, a recalcitrância do filho decorre da imagem negativa sobre a figura do pai, passada, quiçá, até inconscientemente, pela mãe, magoada com a frustação do convívio conjugal. A visita, assim, do pai pode propiciar uma alteração desse julgamento motivado por uma visão comprometida do filho.

Destarte, em sede de *habeas corpus*, não se pode dar como absoluto, nem o direito do pai à visita, da qual pode ser privado se ocorrerem motivos graves, comprometedores do bem do menor, nem, também, o do filho, que, frente a tal critério, não pode ser privado da convivência com seu genitor".

Aliás, há precedentes da Terceira Seção, julgando sem cabimento o *habeas corpus*, em casos dessa espécie. Confiram-se:

"Processual. Guarda de crianças. Suspensão provisória em ação cautelar. *Habeas corpus*. - Inteira impropriedade de tal *writ* para atacar a decisão provisória do juízo de família, apesar de interposto com vistas à mudança de residência da mãe-guardiã, mas sob protesto cautelar da fraude ao clausulado do direito de visita às crianças, assegurado ao pai separado" (R*HC* nº 1.970, Ministro José Dantas, *DJ* de 01/06/92).

"*Habeas corpus*. Direito de família. Guarda das filhas. Direito de visita paterna.

1. A decisão que regulamenta a visita a filhos em separação judicial não é passível de ser anulada via *habeas corpus*, remédio esse de cunho eminentemente penal, porque não guarda identidade com as suas hipóteses de cabimento.

2. Pedido não conhecido" (*HC* nº 1.048, Ministro Edson Vidigal, *DJ* de 11/09/95).

Com efeito, não se justifica que de tal forma se desloque a discussão da matéria, subtraindo-a do juízo próprio e competente, o familiar. Veja-se que o ato judicial, que provisoriamente regulamentava as visitas, era recorrível, caso em que poderia vir a pêlo a utilização da faculdade a que se refere o art. 558 do Código de Processo Civil.

Do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

-:::-

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - FALÊNCIA DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - SÓCIO QUOTISTA NÃO SOLIDÁRIO E QUE, DESDE 1977, NÃO EXERCE FUNÇÃO DE GERÊNCIA NA SOCIEDADE - PRISÃO DO ARTIGO 35 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 - NÃO-CABIMENTO - ORDEM CONCEDIDA**

**- Na figura do "falido", constante do artigo 35 da Lei de Quebras, não se enquadra o sócio quotista não solidário e que há mais de vinte anos não exerce função de direção, administração ou gerência da sociedade falida.**

**- Recurso provido. Ordem concedida.**

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 8.489-PR - Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder a ordem, excluindo a pessoa do paciente da incidência do art. 35 do Decreto-lei nº 7.661/45, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 06 de maio de 1999 (data do julgamento). - *Ministro Barros Monteiro* - Presidente. - *Ministro Cesar Asfor Rocha* - Relator.

RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha* - Recurso ordinário em *habeas corpus* impetrado em favor de Antônio Carlos Prieto, tendo como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas da Comarca de Curitiba, PR, que estendeu os efeitos da falência da empresa Pan Engenharia de Telecomunicações Ltda. ao paciente, fazendo-o incluso no rol dos falidos, sofrendo, por isso, a ameaça de prisão nos termos do artigo 35 da Lei de Falências, pelo descumprimento dos deveres previstos no artigo 34 da mesma lei.

O impetrante alegou que o paciente, desde 27 de maio de 1977, mediante a quinta alteração do contrato social, não mais participaria da administração da sociedade falida, que teria ficado a cargo dos dois outros sócios, os quais seriam os seus representantes legais.

Afirmou que, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, seria inviável o enquadramento do sócio cotista, sem qualquer função gerencial, nas figuras arroladas no art. 34 da Lei de Falências, inexistindo solidariedade que pudesse justificar o alcance desse pelos efeitos do decreto de quebra.





O ilustre Desembargador Relator indeferiu a inicial com base no inciso V do artigo 295 do Código de Processo Civil.

O agravo regimental que se seguiu foi improvido, por maioria de votos, pela egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob as seguintes considerações:

"A decisão agravada, ao extinguir o processo, entendeu inadequada a impetração do *habeas corpus*, posto não pairar ameaça de prisão em face do paciente.

Pelo que se observa da inicial, o que se buscou com a medida foi suspender os efeitos dos atos impugnados, que estenderam os efeitos da falência da empresa Pan Engenharia de Telecomunicações Ltda. ao paciente, fazendo-o incluso no rol dos falidos (LF, arts. 34 e 35), até o julgamento definitivo da presente ordem de *habeas corpus* (fls.16).

Na verdade, ocorreu que os representantes legais da empresa falida, ao prestarem as declarações de praxe, tomaram conhecimento dos direitos e obrigações decorrentes da falência, sendo advertidos, então, acerca da penalidade prevista pelo artigo 35 da Lei de Falências, conforme se constata do termo de declaração de fls. 34.

Na seqüência, pleiteou o agravante, na condição de sócio quotista que não exerce função de gerência, a exclusão dos efeitos da quebra com relação à sua pessoa, pedido esse que restou indeferido pelo Juiz (fls. 50).

Daí a presente impetração. Induvidosamente, não há que se cogitar, na hipótese, da existência de constrangimento ilegal, sabido que o *habeas corpus* tem por finalidade simplesmente a proteção da liberdade física (*Teoria e Prática do Habeas Corpus* - PINTO FERREIRA, 3ª edição, p. 7).

Outra não é a lição de JOSÉ ERNANI DE CARVALHO PACHECO, para quem visa o instituto defender a liberdade individual, nos casos em que, por violência ou abuso de poder, é o direito de locomoção vulnerado ou posto em perigo (*Habeas Corpus - Prática - Processo e Jurisprudência*, p. 27).

Por sua vez, o artigo 35 da Lei de Quebras estabelece que o falido poderá ser preso se descumpridos os deveres lhe impostos (*sic*). Tal cominação não define constrangimento ilegal. A previsão da prisão, em casos que tais, se revela eventualidade não amparável pelo remédio heróico" (fls. 118/119).

O voto vencido, reconhecendo que o paciente não seria responsável solidário nem estaria investido na gerência da sociedade, concedia a ordem "para excluir da pessoa do paciente a incidência do art. 35 da Lei de Falências, ou seja, impedir a possibilidade de ser decretada a sua prisão pelo descumprimento das obrigações previstas pelo art. 34 da mesma lei".

Rejeitados os declaratórios, adveio tempestivo recurso ordinário in-

sistindo na concessão da ordem e reiterando a ilegalidade do constrangimento pelos mesmos motivos aduzidos anteriormente e afirmando, ainda, a negativa de vigência aos arts. 165, 458, II e III, e 535, II, do Código de Processo Civil, e 5°, XXXV, da Constituição, por ter o egrégio Tribunal *a quo* se negado ao exame da tese de que o paciente estaria sofrendo restrição à sua liberdade de locomoção quando proibido, pelo Juízo monocrático, "de se ausentar da comarca sem a sua prévia autorização, sob pena de prisão" (fls. 145).

Com vista do processado, o douto Ministério Público Federal emitiu parecer pelo não-provimento do recurso, considerando não caber *habeas corpus* "para excluir dos efeitos da falência o sócio quotista da falida, se o juiz falimentar não prescinde de apurar-lhe a responsabilidade, na forma prevista no art. 50 do Decreto-lei nº 7.661/45" (fls. 163).

É o relatório.

VOTO

*O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha* (*Relator*) - A questão está em se definir se o paciente, sócio quotista da sociedade falida, deve ou não estar incluído no rol de falidos para que dele se exija o cumprimento dos deveres elencados no art. 34 da Lei de Falências, sobre ele pairando, em conseqüência, a possibilidade da prisão cogitada no art. 35 da mesma lei.

O recorrente, ancorado no voto vencido e no pronunciamento do *Parquet* estadual, sustenta que não, afirmando que, desde 1977, com a quinta alteração do contrato social, não mais participaria da administração da sociedade falida, sendo mero sócio cotista, sem qualquer função gerencial, inexistindo solidariedade que pudesse justificar o alcance dos efeitos cogitados na lei de quebra, uma vez que sua responsabilidade estaria limitada à integralização do capital social.

Já o entendimento predominante no Tribunal de origem não vislumbrou constrangimento ilegal suscetível de *habeas corpus*.

Assim também o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Roberto Casali, onde assentado:

"Ao que se verifica, a eventual ameaça à liberdade de locomoção do paciente tem meio de impugnação adequado no processo civil, e este *habeas corpus* não exaure cabalmente as provas de todas as questões de direito e de fato deduzidas no âmbito do processo falimentar da sociedade mercantil em que o recorrente diz não exercer poderes de gerência desde 27 de maio de 1977 (fls. 3), embora a falida, formada de apenas três sócios (fls. 30), tem no paciente um terço do capital (fls. 35), além de pertencerem a empresas conexas, de denominação social assemelhada (Pan Administração e Participações Ltda., Pan Engenharia de Telecomunicações Ltda., Pan Comércio de Equipamentos Eletrônicos e de Telecomunicações Ltda.), com 'atividades desativadas' ou 'vendidas antes mesmo de ter sido pedida a concordata da ora falida', a Pan Engenharia de Telecomunicações Ltda., de quem 'antes mesmo da concordata da falida, comprou a empresa Pan Comércio de Equipamentos Eletrônicos e de Telecomunicações Ltda.' (fls. 35, todas de siglas iguais - Pan - e os mesmos sócios (*P*rieto, *A*mauri e *N*elson).

Demais, causa de pedir e pedido coadunam-se nesta ação e no requerimento, apresentado em 13 de maio transato ao Juiz da Falência (fls. 38-45) e indeferido em 24 de julho de 1998, por este fundamento: 'a pretensão de exclusão dos efeitos da falência quanto à pessoa do sócio quotista que não exerce função de gerência, em que pese ao entendimento do Ministério Público, é acertado o posicionamento do Sr. Síndico, quando expõe que o sócio quotista terá sua responsabilidade apurada conforme o disposto no artigo 6º do Decreto-lei nº 7.661/45 e na forma do que prevê o art. 50 do mesmo diploma legal' (fls. 50).

O recorrente não esclarece se esta decisão preclui, ou não, naquele processo falimentar, a questão renovada neste *habeas corpus*, sabendo-se, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'que um procedimento dessa ordem somente será possível quando não houver questões de alta indagação, a serem resolvidas ou solucionadas, como premissas da sentença. Se a ordem de *habeas corpus* depender de pesquisas probatórias mais amplas, que dilatem o *iter* processual ou que obriguem o juiz à prática de atos instrutórios, será inadmissível, para o caso, o processo de *habeas corpus*, pois este não comporta procedimento de rito demorado em que se possam decidir, de plano, as questões suscitadas no pedido' (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. IV - Editora Bookseller, 1997, nº 1.179, p. 354)" (fls. 165/167).

Contudo e *data venia*, entendo mais acertado o acolhimento do recurso

Acentuo, primeiro, ser cabível o *habeas corpus* na hipótese.

Na verdade, leciona JOSÉ DA SILVA PACHECO, "o *habeas corpus* não comporta o exame aprofundado de provas (*Ver. For.*, 146/456); mas, se o fato em que se baseou o juiz para decretar a prisão é destruído com prova inequívoca, a ilegalidade da coerção transparece e não pode o tribunal deixar de conceder o *habeas corpus*" (*Processo de Falência e Concordata*, 5ª ed., Forense, p. 373).

É incontroverso que sobre o paciente paira a ameaça de prisão prevista pelo artigo 35 da Lei de Falências, pelo descumprimento das obrigações elencadas no art. 34 do mesmo diploma, consoante expresso no termo de declaração de fls. 34.

Daí a possibilidade do *habeas corpus* preventivo.

Também patente nos autos a circunstância de que, desde 1977, o paciente não exerce qualquer função de gerência na sociedade falida (cláusula quarta da Quinta Alteração do Contrato Social - fls. 27).

Isso, inclusive, foi atestado pelo *Parquet* estadual.

De outra parte, a responsabilidade do sócio quotista, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, como a falida, é limitada à integralização do capital social (art. 3° do Decreto n° 3.708, de 10/01/19).

O debate prescinde, pois, do exame aprofundado dos fatos e provas, repousando na pura interpretação de dispositivos legais.

Para manter o paciente sob a ameaça de prisão, a ilustre autoridade coatora justificou unicamente que:

"No tocante à pretensão de exclusão dos efeitos da falência quanto à pessoa do sócio quotista que não exerce função de gerência, em que pese ao entendimento do Ministério Público, é acertado o posicionamento do Sr. Síndico, quando expõe que o sócio quotista terá a sua responsabilidade apurada conforme o disposto no artigo 6° do Decreto-lei n° 7.661/45 e na forma do que prevê o artigo 50 do mesmo diploma legal".

É certo que a prisão, normatizada no artigo 35 da LF, pelo descumprimento das obrigações pessoais impostas pelo artigo anterior ao "falido", não constitui constrangimento ilegal (R*HC* n° 6.466-GO, *DJ*, 18/08/1997, Relator Ministro William Patterson; R*HC* n° 3.863-RJ, *DJ*, 19/09/1994, Relator Ministro José Dantas).

Todavia, na figura do "falido" não se enquadra o sócio quotista não solidário e que não tenha exercido nos últimos dois anos a função de direção, administração ou gerência da sociedade falida.

Elucidativos, a respeito, os artigos 5° e 6° da LF, este último invocado pelo próprio Juízo coator:

"Art. 5°. Os sócios *solidária* e *ilimitadamente* responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de dois anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas até a data da declaração da falência as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma".

"Art. 6°. A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis, a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314) e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305) serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo de falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 5°, § 1°".





Do teor dos transcritos dispositivos, depreende-se que apenas os *gerentes* (o que não é o caso do paciente) estão sujeitos à apuração da responsabilidade.

O artigo 50 da LF, por sua vez, ao prever a responsabilidade pela integralização das cotas subscritas pelos sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a ação que a assegura, não confere qualquer legitimidade à inclusão dos mesmos no rol dos "falidos", tal como procedido pela digna autoridade coatora.

Insubsistentes, portanto, os fundamentos do ato impugnado.

Com efeito, o paciente não é sócio solidário nem esteve, nos últimos 20 (vinte) anos, no exercício de cargo de direção ou gerência da sociedade falida, inexistindo, destarte, justificativa legal para que a sua liberdade de locomoção seja ameaçada pelos efeitos do decreto de quebra.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso para conceder a ordem, excluindo a pessoa do paciente da incidência do art. 35 do Decreto-lei n° 7.661/45.

-:::-

# Legislação

## DA UNIÃO

### DECRETO Nº 3.112, DE 6 DE JULHO DE 1999

**- Dispõe sobre a regulamentação da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, que versa sobre compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 84 da Constituição, e de acordo com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, as Leis nºs 6.226, de 14 de julho de 1975, 6.864, de 1º de dezembro de 1980, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.717, de 27 de novembro de 1998, e 9.796, de 5 de maio de 1999,

DECRETA:

Art. 1º. A compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempo de contribuição, respeitará as disposições da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, e deste Decreto.

Art. 2º. A compensação financeira prevista neste Decreto não se aplica aos regimes próprios de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não atendam aos critérios e limites previstos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e legislação complementar pertinente, exceto quanto aos benefícios concedidos por esses regimes no período de 5 de outubro de 1988 a 7 de fevereiro de 1999.

Art. 3º. Para os efeitos da compensação financeira de que trata este Decreto, considera-se:

I - Regime Geral de Previdência Social: o regime previsto no art. 201 da Constituição Federal;

II - regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: os regimes de previdência constituídos, exclusivamente, por servidores públicos titulares de cargos efetivos dos respectivos entes federados;

III - regime de origem: o regime previdenciário ao qual o segurado ou servidor público esteve vinculado sem que dele receba aposentadoria ou tenha gerado pensão para seus dependentes;

IV - regime instituidor: o regime previdenciário responsável pela concessão e pagamento de benefício de aposentadoria ou pensão dela decorrente a segurado ou servidor público ou a seus dependentes com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do regime de origem.

Art. 4º. Aplica-se o disposto neste Decreto somente para os benefícios de aposentadoria e de pensão dela decorrente concedidos a partir de 5 de outubro de 1988, excluída a aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei e a pensão dela decorrente.

Art. 5º. A compensação financeira será realizada, exclusivamente, na contagem recíproca de tempo de contribuição não concomitante, excluído tempo de contribuição fictício.

§ 1º. Entende-se como tempo de contribuição fictício todo aquele considerado em lei anterior como tempo de serviço, público ou privado, computado para fins de concessão de aposentadoria sem que haja, por parte do servidor ou segurado, cumulativamente, a prestação de serviço, e a correspondente contribuição social. (Revogado Pelo Decreto nº 3.217, de 22/10/99.)

§ 2º. O tempo de atividade rural reconhecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante certidão emitida a partir de 14 de outubro de 1996, somente será considerado para fins de compensação financeira caso esse período seja indenizado ao INSS pelo servidor.

Art. 6º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente serão considerados regimes de origem quando o Regime Geral de Previdência Social for o regime instituidor.

Parágrafo único. Caso o regime próprio de previdência social dos servidores públicos não seja administrado por entidade com personalidade jurídica própria, atribuem-se ao respectivo ente federado as obrigações e os direitos previstos neste Decreto.

Art. 7º. O INSS deve apresentar ao administrador de cada regime de origem os seguintes dados referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito daquele regime de origem:

I - dados pessoais e outros documentos necessários e úteis à caracterização do segurado e, se for o caso, do dependente;

II - renda mensal inicial;

III - data de início do benefício e do pagamento;

IV - percentual do tempo de contribuição no âmbito daquele regime de origem em relação ao tempo de serviço total do segurado.

Parágrafo único. A não-apresentação das informações e dos documentos a que se refere este artigo veda a compensação financeira entre o regime de origem e o Regime Geral de Previdência Social.

Art. 8º. Ao INSS é devido o valor resultante da multiplicação da renda mensal do benefício concedido pelo percentual apurado no inciso IV do artigo anterior, pago por cada regime de origem na proporção informada.

§ 1º. A compensação financeira prevista nesse artigo, referente a cada benefício, não poderá exceder o resultado da multiplicação do percentual obtido na forma do inciso IV do artigo anterior, pela renda mensal do maior benefício da mesma espécie pago pelo regime de origem.

§ 2º. Para fins do disposto no parágrafo anterior, cada administrador de regime de origem deverá encaminhar ao INSS as leis e os regulamentos que fixaram os valores máximos da renda mensal dos benefícios de aposentadoria e pensão dela decorrente pagos diretamente pelo regime de origem.

Art. 9º. O valor de que trata o artigo anterior será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento do benefício concedido pelo Regime Geral de Previdência Social, devendo o INSS comunicar ao administrador de cada regime de origem o total por ele devido em cada mês como compensação financeira.

Art. 10. Cada administrador de regime próprio de previdência de servidor público, como regime instituidor, deve apresentar ao INSS, além das normas que o regem, os seguintes dados e documentos referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social:

I - dados pessoais e outros documentos necessários e úteis à caracterização do segurado e, se for o caso, do dependente;

II - o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e a data de início do benefício e do pagamento;

III - percentual do tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social em relação ao tempo de serviço total do segurado;

IV - cópia da Certidão de Tempo de Serviço, fornecida pelo INSS, utilizada para o cômputo do tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social;

V - cópia do ato expedido pela autoridade competente que concedeu a aposentadoria ou a pensão dela decorrente, bem como o de homologação do ato concessório do benefício pelo Tribunal ou Conselho de Contas competente.

§ 1º. A não-apresentação das informações e dos documentos a que se refere este artigo veda a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e o regime instituidor.

§ 2º. No caso de tempo de contribuição prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social será exigida certidão específica emitida pelo ente instituidor, passível de verificação pelo INSS.

Art. 11. As informações referidas no artigo anterior servirão de base para o INSS calcular qual seria a renda mensal inicial daquele benefício segundo as normas do Regime Geral de Previdência Social vigentes na data em que houve a desvinculação desse regime pelo servidor público.

Parágrafo único. A renda mensal inicial apurada, nos termos deste artigo, será atualizada monetariamente da data da desvinculação do Regime Geral de Previdência Social até a data da efetiva compensação, na forma do art. 13 deste Decreto, não podendo seu valor corrigido ser inferior ao do salário mínimo, nem superior ao limite máximo do salário de contribuição fixado em lei.

Art. 12. A compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, será calculada com base no valor do benefício pago pelo regime instituidor ou na renda mensal do benefício calculada na forma do artigo anterior, o que for menor.

Parágrafo único. O valor da compensação financeira mencionada neste artigo corresponde à multiplicação do montante especificado pelo percentual obtido na forma do inciso III do art. 10 deste Decreto.

Art. 13. O valor da compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, ainda que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor.

Art. 14. Os administradores dos regimes instituidores deverão apresentar aos administradores dos regimes de origem, até 6 de novembro de 2000, os dados relativos aos benefícios em manutenção concedidos a partir da 5 de outubro de 1988. (Artigo Retificado.)

§ 1º. A compensação financeira em atraso relativa aos benefícios de que trata este artigo será calculada multiplicando-se a parcela da renda mensal devida pelo regime de origem, obtida de acordo com os procedimentos estabelecidos nos arts. 7º a 13, pelo número de meses em que o benefício foi pago até a data da apresentação das informações referidas neste artigo.





§ 2º. Os débitos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o INSS existentes até 6 de maio de 1999, parcelados ou não, serão considerados como crédito do Regime Geral de Previdência Social quando da realização da compensação financeira prevista neste artigo.

Art. 15. A critério do regime de origem, os valores apurados nos termos do artigo anterior poderão ser parcelados em até duzentos e quarenta meses, atualizando-se os valores devidos nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios de prestação continuada pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

Parágrafo único. Nos casos em que o Regime Geral de Previdência Social for o regime de origem, os débitos apurados à conta desse regime, de acordo com os procedimentos previstos no artigo anterior, poderão ser quitados com títulos públicos federais.

Art. 16. O INSS manterá cadastro atualizado de todos os benefícios objeto de compensação financeira, totalizando o quanto deve para cada regime próprio de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como o montante por eles devido, isoladamente, ao Regime Geral de Previdência Social, como compensação financeira e pelo não-recolhimento de contribuições previdenciárias no prazo legal.

§ 1º. Os desembolsos pelos regimes de origem só serão feitos para os regimes instituidores que se mostrem credores no cômputo da compensação financeira devida de lado a lado, incluindo neste cálculo os débitos, inclusive os parcelados, provenientes do não-recolhimento de contribuições previdenciárias no prazo legal pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 2º. Até o dia trinta de cada mês, o INSS comunicará ao regime de origem o total a ser por ele desembolsado, devendo tais desembolsos ser feitos até o quinto dia útil do mês subseqüente.

§ 3º. Os valores não desembolsados em virtude do disposto no § 1º deste artigo serão contabilizados como pagamentos efetivos, devendo o INSS registrar mensalmente essas operações e informar a cada regime próprio de previdência de servidor público os valores a ele referentes.

Art. 17. Os entes administradores dos regimes instituidores devem comunicar de imediato aos regimes de origem qualquer revisão no valor do benefício objeto de compensação financeira ou sua extinção total ou parcial, cabendo ao INSS registrar as alterações no cadastro a que se refere o artigo anterior.

Art. 18. Aos débitos apurados, parcelados e ainda não liquidados em razão da extinção de regime próprio de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o retorno dos seus respectivos servidores ao Regime Geral de Previdência So-

cial, nos termos do art. 154 do Decreto nº 2.173, de 5 de março de 1997, aplica-se o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. Os débitos de que trata este artigo, já liquidados, poderão ser compensados com as contribuições previdenciárias vincendas devidas ao Regime Geral de Previdência Social, sendo vedada a restituição.

Art. 19. Na hipótese de descumprimento do prazo de desembolso estipulado no § 2º do art. 16, aplicar-se-ão as mesmas normas em vigor para atualização dos valores dos recolhimentos em atraso de contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS.

Art. 20. Caso o ente administrador do regime previdenciário dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possua personalidade jurídica própria, os respectivos entes federados respondem solidariamente pelas obrigações previstas neste Decreto.

Art. 21. Na hipótese de extinção do regime próprio de previdência, os valores, inclusive o montante constituído a título de reserva técnica, existentes para custear a concessão e manutenção, presente ou futura, de benefícios previdenciários, somente poderão ser utilizados no pagamento dos benefícios concedidos e dos débitos com o INSS, na constituição do fundo previsto no art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998, e para cumprimento deste Decreto.

Parágrafo único. Os recursos financeiros recebidos pelo regime instituidor a título de compensação financeira somente poderão ser utilizados no pagamento de benefícios previdenciários do respectivo regime e na constituição do fundo a que se refere este artigo.

Art. 22. O art. 126 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 126. O segurado terá direito de computar, para fins de concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o tempo de contribuição na administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

(...)" (NR)

Art. 23. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de julho de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Waldeck Ornélas

-:::-





## EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 23, DE 2 DE SETEMBRO DE 1999

**- Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa).**

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. Os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 12. (...)"

"§ 3º. (...)"

"VII - de Ministro de Estado da Defesa".

"(...)"

"Art. 52. (...)"

"I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;" (NR)

"(...)"

"Art. 84. (...)"

"XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;" (NR)

"(...)"

"Art. 91. (...)

V - o Ministro de Estado da Defesa;" (NR)

"(...)"

"VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica".

"(...)"

"Art. 102. (...)

I - (...)"

"c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;" (NR)

"(...)"

"Art. 105. (...)

I - (...)"

"b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;" (NR)

"c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;" (NR)

(...)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de setembro de 1999.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado MICHEL TEMER
Presidente

Deputado HERÁCLITO FORTES
1º Vice-Presidente

Deputado SEVERINO CAVALCANTI
2º Vice-Presidente

Deputado UBIRATAN AGUIAR
1º Secretário

Deputado NELSON TRAD
2º Secretário

Deputado JAQUES WAGNER
3º Secretário

Deputado EFRAIM MORAIS
4º Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES
Presidente

Senador GERALDO MELO
1º Vice-Presidente

Senador ADEMIR ANDRADE
2º Vice-Presidente

Senador CARLOS PATROCÍNIO
2º Secretário
no exercício da 1ª Secretaria

Senador NABOR JÚNIOR
3º Secretário

Senador CASILDO MALDANER
4º Secretário

-:::-





## LEI Nº 9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999

**- Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

*Da proteção especial a vítimas e a testemunhas*

Art. 1º. As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

§ 1º. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas.

§ 2º. A supervisão e a fiscalização dos convênios, acordos, ajustes e termos de parceria de interesse da União ficarão a cargo do órgão do Ministério da Justiça com atribuições para a execução da política de direitos humanos.

Art. 2º. A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 1º. A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

§ 2º. Estão excluídos da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades. Tal exclusão não trará prejuízo a eventual prestação de medidas de preservação da integridade física desses indivíduos por parte dos órgãos de segurança pública.

§ 3º. O ingresso no programa, as restrições de segurança e demais medidas por ele adotadas terão sempre

a anuência da pessoa protegida, ou de seu representante legal.

§ 4°. Após ingressar no programa, o protegido ficará obrigado ao cumprimento das normas por ele prescritas.

§ 5°. As medidas e providências relacionadas com os programas serão adotadas, executadas e mantidas em sigilo pelos protegidos e pelos agentes envolvidos em sua execução.

Art. 3°. Toda admissão no programa ou exclusão dele será precedida de consulta ao Ministério Público sobre o disposto no art. 2° e deverá ser subseqüentemente comunicada à autoridade policial ou ao juiz competente.

Art. 4°. Cada programa será dirigido por um conselho deliberativo em cuja composição haverá representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos.

§ 1°. A execução das atividades necessárias ao programa ficará a cargo de um dos órgãos representados no conselho deliberativo, devendo os agentes dela incumbidos ter formação e capacitação profissional compatíveis com suas tarefas.

§ 2°. Os órgãos policiais prestarão a colaboração e o apoio necessários à execução de cada programa.

Art. 5°. A solicitação objetivando ingresso no programa poderá ser encaminhada ao órgão executor:

I - pelo interessado;

II - por representante do Ministério Público;

III - pela autoridade policial que conduz a investigação criminal;

IV - pelo juiz competente para a instrução do processo criminal;

V - por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

§ 1°. A solicitação será instruída com a qualificação da pessoa a ser protegida e com informações sobre a sua vida pregressa, o fato delituoso e a coação ou ameaça que a motiva.

§ 2°. Para fins de instrução do pedido, o órgão executor poderá solicitar, com a aquiescência do interessado:

I - documentos ou informações comprobatórios de sua identidade, estado civil, situação profissional, patrimônio e grau de instrução, e da pendência de obrigações civis, administrativas, fiscais, financeiras ou penais;

II - exames ou pareceres técnicos sobre a sua personalidade, estado físico ou psicológico.

§ 3°. Em caso de urgência e levando em consideração a procedência, gravidade e a iminência da coação ou ameaça, a vítima ou testemunha poderá ser colocada provisoriamente sob a custódia de órgão policial, pelo órgão executor, no aguardo de decisão do conselho deliberativo, com comunicação imediata a seus membros e ao Ministério Público.





Art. 6°. O conselho deliberativo decidirá sobre:

I - o ingresso do protegido no programa ou a sua exclusão;

II - as providências necessárias ao cumprimento do programa.

Parágrafo único. As deliberações do conselho serão tomadas por maioria absoluta de seus membros e sua execução ficará sujeita à disponibilidade orçamentária.

Art. 7°. Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Art. 8°. Quando entender necessário, poderá o conselho deliberativo solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia a proteção.

Art. 9°. Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz

competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

§ 1º. A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

§ 2º. O requerimento será sempre fundamentado e o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, determinando, em seguida, que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

§ 3º. Concedida a alteração pretendida, o juiz determinará na sentença, observando o sigilo indispensável à proteção do interessado:

I - a averbação no registro original de nascimento da menção de que houve alteração de nome completo em conformidade com o estabelecido nesta Lei, com expressa referência à sentença autorizatória e ao juiz que a exarou e sem a aposição do nome alterado;

II - a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração;

III - a remessa da sentença ao órgão nacional competente para o registro único de identificação civil, cujo procedimento obedecerá às necessárias restrições de sigilo.

§ 4º. O conselho deliberativo, resguardado o sigilo das informações, manterá controle sobre a localização do protegido cujo nome tenha sido alterado.

§ 5º. Cessada a coação ou ameaça que deu causa à alteração, ficará facultado ao protegido solicitar ao juiz competente o retorno à situação anterior, com a alteração para o nome original, em petição que será encaminhada pelo conselho deliberativo e terá manifestação prévia do Ministério Público.

Art. 10. A exclusão da pessoa protegida de programa de proteção a vítimas e a testemunhas poderá ocorrer a qualquer tempo:

I - por solicitação do próprio interessado;

II - por decisão do conselho deliberativo, em conseqüência de:

a) cessação dos motivos que ensejaram a proteção;

b) conduta incompatível do protegido.

Art. 11. A proteção oferecida pelo programa terá a duração máxima de dois anos.

Parágrafo único. Em circunstâncias excepcionais, perdurando os motivos que autorizam a admissão, a permanência poderá ser prorrogada.

Art. 12. Fica instituído, no âmbito do órgão do Ministério da Justiça com atribuições para a execução da política de direitos humanos, o Programa





Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, a ser regulamentado por decreto do Poder Executivo.

Capítulo II

*Da proteção aos réus colaboradores*

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º. Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º. Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º. No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

*Disposições gerais*

Art. 16. O art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, fica acrescido do seguinte § 7º:

"§ 7º. Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração

a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração".

Art. 17. O parágrafo único do art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998, passa a ter a seguinte redação:

"Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público". (NR)

Art. 18. O art. 18 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 18. Ressalvado o disposto nos arts. 45, 57, § 7º, e 95, parágrafo único, a certidão será lavrada independentemente de despacho judicial, devendo mencionar o livro de registro ou o documento arquivado no cartório". (NR)

Art. 19. A União poderá utilizar estabelecimentos especialmente destinados ao cumprimento de pena de condenados que tenham prévia e voluntariamente prestado a colaboração de que trata esta Lei.

Parágrafo único. Para fins de utilização desses estabelecimentos, poderá a União celebrar convênios com os Estados e o Distrito Federal.

Art. 20. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei, pela União, correrão à conta de dotação consignada no orçamento.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de julho de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
*Renan Calheiros*

-:::-

## LEI Nº 9.812, DE 10 DE AGOSTO DE 1999

**- Acrescenta parágrafos ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, e inciso VI ao art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º-A e 3º-B:





"Art. 30. (...)"

"§ 3º-A. Comprovado o descumprimento, pelos oficiais de Cartórios de Registro Civil, do disposto no *caput* deste artigo, aplicar-se-ão as penalidades previstas nos arts. 32 e 33 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994".

"§ 3º-B. Esgotadas as penalidades a que se refere o parágrafo anterior e verificando-se novo descumprimento, aplicar-se-á o disposto no art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994".

"(...)"

Art. 2º. O art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI:

"Art. 39. (...)"

"VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997".

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de agosto de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

-:::-

## LEI Nº 9.839, DE 27 DE SETEMBRO DE 1999

**- Acrescenta artigo à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de setembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

-:::-

## MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.906-9, DE 24 DE SETEMBRO DE 1999

**- Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, e 9.494, de 10 de setembro de 1997, e dá outras providências.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º. A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 4º-A. Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão, poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda". (NR)

Art. 2º. O art. 6º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, passa a vigorar acrescido dos §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

"§ 2º. As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.

§ 3º. Aplica-se aos procuradores ou advogados integrantes dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União o contido no *caput* e no § 2º deste artigo, quanto aos processos em trâmite na justiça de primeiro grau de jurisdição". (NR)

Art. 3º. A Lei nº 9.028, de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-A:

"Art. 19-A. Poderão ser transpostos, para a Carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, os atuais cargos efetivos da Administração Federal direta, privativos de bacharel em Direito, cujas atribuições, fixadas em ato normativo hábil, tenham conteúdo eminentemente jurídico e correspondam àquelas de assistência fixadas aos cargos da referida Carreira, ou as abranjam, e os quais:

I - estejam vagos; ou

II - tenham como titulares servidores, estáveis no serviço público, que:

a) anteriormente a 5 de outubro de 1988 já detinham cargo efetivo, ou emprego permanente, privativo de bacharel em Direito, de conteúdo eminentemente jurídico, nos termos do *caput*, na Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, conforme as normas constitucionais e legais então aplicáveis;

b) investidos após 5 de outubro de 1988, o tenham sido em decorrência de aprovação em concurso público ou da aplicação do § 3º do art. 41 da Constituição.

§ 1º. Nas situações previstas no inciso II, a transposição objeto deste artigo poderá abranger os cargos e seus titulares.

§ 2º. A transposição de servidor egresso de autarquia ou fundação pública federal, prevista no inciso II, alíneas *a* e *b*, alcança tão-somente aquele que passou a integrar a Administração direta em decorrência da extinção ou da alteração da natureza jurídica da entidade à qual pertencia, e desde que as atribuições da respectiva entidade e o seu quadro de pessoal tenham sido, por lei, absorvidos por órgãos da Administração direta.

§ 3º. Às transposições disciplinadas neste artigo aplicam-se, também, a correlação e os procedimentos constantes do art. 19 desta Lei (§§ 2º, 3º e 4º).

§ 4º. As transposições autorizadas pelo presente artigo serão efetivadas mediante ato decisório do Advogado-Geral da União, em face de requerimento formulado pelo interessado, até 30 de junho de 1999.

§ 5º. Os eventuais efeitos financeiros, das transposições em referência, somente serão devidos, aos seus beneficiários, a partir da data em que publicado o ato decisório, objeto do parágrafo anterior.

§ 6º. Os titulares máximos dos órgãos da Administração Federal direta, nos quais existam cargos na situação descrita no *caput* e inciso I, deverão indicá-los à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, explicitando, relativamente a cada cargo vago, sua origem, evolução, atribuições e regência normativa.

§ 7º. O requerimento de que trata o § 4º deverá ser instruído com a documentação necessária a comprovar que o servidor atende ao disposto neste artigo, e protocolizado no órgão de recursos humanos do respectivo Ministério ou Secretaria de Estado, após o que deverá ser encaminhado ao Advogado-Geral da União, na forma por ele regulamentada, acompanhado de manifestação conclusiva do respectivo órgão de assessoramento jurídico". (NR)

Art. 4º. A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais". (NR)

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da Administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a

petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços". (NR)

"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.

Parágrafo único. A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado a sentença proferida na ação principal". (NR)

Art. 5º. Os prazos referidos no art. 26 da Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, ficam prorrogados por mais vinte e quatro meses a partir do seu término.

Art. 6º. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.906-8, de 27 de agosto de 1999.

Art. 7º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de setembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Martus Tavares
Walter do Carmo Barletta

-:::-

-:::-



# Índice Numérico


| RECURSO | COMARCA | RELATOR: DES. | PÁG. |
|---|---|---|---|
| **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS** | | | |
| 1. CORTE SUPERIOR | | | |
| ADIN nº 121.054/1 | Lajinha | Isalino Lisbôa | 51 |
| ADIN nº 130.055/7 | Barbacena | Campos Oliveira | 58 |
| C.N.Comp. nº 150.496/8 | Téofilo Otoni | Monteiro de Barros | 60 |
| Dúv. Comp. nº 139.130/9 | Sete Lagoas | Francisco Figueiredo | 62 |
| 2. GRUPOS DE CÂMARAS | | | |
| 2.1. PRIMEIRO GRUPO CÂMARAS CÍVEIS | | | |
| Ação Resc. nº 110.806/7 | Vazante | Orlando Carvalho | 64 |
| 2.2. SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS | | | |
| Mand. Seg. nº 142.128/8 | Belo Horizonte | Aluízio Quintão | 67 |
| 3. CÂMARAS ISOLADAS | | | |
| JURISPRUDÊNCIA CÍVEL | | | |
| Agravo nº 123.818/7 | Piumhí | Rubens Xavier Ferreira | 70 |
| Agravo nº 126.711/1 | Belo Horizonte | Murilo Pereira | 71 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Agravo nº 133.203/0 | Belo Horizonte | Schalcher Ventura | 73 |
| Agravo nº 134.047/0 | Belo Horizonte | Murilo Pereira | 76 |
| Agravo nº 137.666/4 | Belo Horizonte | Monteiro de Barros | 77 |
| Agravo nº 138.185/4 | Belo Horizonte | Reynaldo Ximenes Carneiro | 79 |
| Agravo nº 140.420/1 | Porteirinha | Aluízio Quintão | 84 |
| Agravo nº 140.728/7 | Belo Horizonte | Herondes de Andrade | 86 |
| Agravo nº 142.146/0 | Uberlândia | Bady Curi | 88 |
| Agravo nº 143.058/6 | Uberlândia | Fernandes Filho | 90 |
| Agravo nº 143.419/0 | Abre Campo | Campos de Oliveira | 92 |
| Agravo nº 145.751/4 | Belo Horizonte | Carreira Machado | 94 |
| Agravo nº 147.702/5 | Belo Horizonte | José Brandão de Resende | 99 |
| Agravo nº 148.708/1 | Sete Lagoas | Rubens Xavier Ferreira | 103 |
| Agravo nº 151.001/5 | Mateus Leme | José Antonino Baía Borges | 106 |
| AC nº 115.182/8 | Belo Horizonte | Sérgio Lellis Santiago | 108 |
| AC nº 116.951/5 | Oliveira | Rubens Xavier Ferreira | 112 |
| AC nº 122.401/3 | Belo Horizonte | Pinheiro Lago | 116 |
| AC nº 122.820/4 | Belo Horizonte | Sérgio Lellis Santiago | 119 |
| AC nº 123.294/1 | São Lourenço | Fernandes Filho | 121 |
| AC nº 126.160/1 | Presidente Olegário | Pinheiro Lago | 125 |
| AC nº 127.113/9 | Capelinha | Abreu Leite | 129 |
| AC nº 128.771/3 | Alfenas | Sérgio Lellis Santiago | 131 |
| AC nº 130.085/4 | Itaúna | Bady Curi | 134 |
| AC nº 131.030/9 | Itajubá | Schalcher Ventura | 137 |
| AC nº 131.239/6 | Estrela do Sul | Murilo Pereira | 138 |
| AC nº 131.618/1 | Ferros | Isalino Lisbôa | 144 |
| AC nº 132.494/6 | Barbacena | Aluízio Quintão | 146 |
| AC nº 132.809/5 | São Lourenço | Abreu Leite | 148 |
| AC nº 133.723/7 | Ipatinga | Aloysio Nogueira | 151 |
| AC nº 133.752/6 | Belo Horizonte | Schalcher Ventura | 154 |
| AC nº 134.019/9 | Abaeté | Isalino Lisbôa | 156 |
| AC nº 134.248/4 | Belo Horizonte | Monteiro de Barros | 159 |
| AC nº 135.178/2 | Belo Horizonte | Aloysio Nogueira | 162 |
| AC nº 135.192/3 | Belo Horizonte | Pinheiro Lago | 166 |
| AC nº 135.526/2 | Patos de Minas | Campos Oliveira | 170 |
| AC nº 135.897/7 | Belo Horizonte | Abreu Leite | 173 |
| AC nº 136.052/8 | Uberaba | Isalino Lisbôa | 175 |
| AC nº 136.859/6 | Contagem | José Antonino Baía Borges | 178 |
| AC nº 137.041/0 | Andradas | Hugo Bengtsson | 181 |
| AC nº 137.483/4 | Patos de Minas | Aluízio Quintão | 184 |
| AC nº 137.491/7 | Contagem | Aloysio Nogueira | 190 |
| AC nº 139.657/1 | Patos de Minas | Almeida Melo | 193 |
| AC nº 139.720/7 | Belo Horizonte | Monteiro de Barros | 196 |
| AC nº 139.984/9 | Santa Rita de Caldas | Herondes de Andrade | 199 |
| AC nº 140.061/3 | Ituiutaba | Almeida Melo | 203 |
| AC nº 140.822/8 | Montes Claros | Almeida Melo | 211 |
| AC nº 141.031/5 | Uberlândia | Reynaldo Ximenes Carneiro | 214 |
| AC nº 141.829/2 | Uberaba | Garcia Leão | 216 |







| | | | |
|---|---|---|---|
| AC nº 142.317/7 | Governador Valadares | Corrêa de Marins | 218 |
| AC nº 142.480/3 | Belo Horizonte | Garcia Leão | 220 |
| AC nº 142.484/5 | Belo Horizonte | Hugo Bengtsson | 222 |
| AC nº 142.743/4 | Belo Horizonte | Campos Oliveira | 224 |
| AC nº 143.260/8 | Camanducaia | Cláudio Costa | 226 |
| AC nº 144.134/4 | Juiz de Fora | Corrêa de Marins | 228 |
| AC nº 144.233/4 | Mariana | José Antonino Baía Borges | 229 |
| AC nº 144.411/6 | Belo Horizonte | Carreira Machado | 234 |
| AC nº 144.843/0 | Contagem | Carreira Machado | 237 |
| AC nº 146.353/8 | Belo Horizonte | Hugo Bengtsson | 239 |
| AC nº 146.406/4 | Belo Horizonte | José Brandão de Resende | 243 |
| AC nº 147.096/2 | Belo Horizonte | Cláudio Costa | 246 |
| AC nº 147.221/6 | Belo Horizonte | Corrêa de Marins | 248 |
| AC nº 147.537/5 | Belo Horizonte | Páris Peixoto Pena | 250 |
| AC nº 147.685/2 | Belo Horizonte | Reynaldo Ximenes Carneiro | 254 |
| AC nº 147.910/4 | Belo Horizonte | Cláudio Costa | 258 |
| AC nº 147.934/4 | Belo Horizonte | Herondes de Andrade | 260 |
| AC nº 148.367/6 | Governador Valadares | José Brandão de Resende | 263 |
| AC nº 150.347/3 | Ituiutaba | Páris Peixoto Pena | 265 |
| AC nº 152.240/8 | Montes Claros | Garcia Leão | 271 |
| AC nº 153.615/0 | Contagem | Antônio Hélio Silva | 275 |
| AC nº 154.388/3 | Belo Horizonte | Páris Peixoto Pena | 277 |
| AC nº 154.841/1 | Carandaí | Antônio Hélio Silva | 279 |
| AC nº 154.969/0 | Caratinga | Orlando Carvalho | 281 |
| AC nº 155.093/8 | Belo Horizonte | Antônio Hélio Silva | 284 |
| AC nº 155.431/0 | Belo Horizonte | Orlando Carvalho | 286 |
| AC nº 156.279/2 | Belo Horizonte | Orlando Carvalho | 291 |
| CNC nº 140.908/5 | Belo Horizonte | Bady Curi | 296 |
| Mand. Seg. nº 130.199/3 | Varginha | Fernandes Filho | 298 |


## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL


| | | | |
|---|---|---|---|
| Ap. Crim. nº 106.927/7 | Belo Horizonte | Alves de Andrade | 304 |
| Ap. Crim. nº 118.973/7 | Belo Horizonte | Mercêdo Moreira | 311 |
| Ap. Crim. nº 138.193/8 | Belo Horizonte | Mercêdo Moreira | 316 |
| Ap. Crim. nº 140.889/7 | Sacramento | Herculano Rodrigues | 318 |
| Ap. Crim. nº 141.113/1 | Belo Horizonte | Alves de Andrade | 320 |
| Ap. Crim. nº 141.546/2 | Belo Horizonte | Paulo Tinôco | 322 |
| Ap. Crim. nº 141.808/6 | Baependi | Paulo Tinôco | 324 |
| Ap. Crim. nº 142.425/8 | Paracatu | Gomes Lima | 328 |
| Ap. Crim. nº 143.187/3 | Conselheiro Lafaiete | Alves de Andrade | 330 |
| Ap. Crim. nº 143.228/5 | Coração de Jesus | Paulo Medina | 336 |
| Ap. Crim. nº 143.370/5 | Belo Horizonte | Gomes Lima | 338 |
| Ap. Crim. nº 144.398/5 | Curvelo | Paulo Tinôco | 340 |
| Ap. Crim. nº 144.955/2 | Candeias | Odilon Ferreira | 343 |
| Ap. Crim. nº 145.139/2 | Conceição do Rio Verde | Gudesteu Biber | 346 |
| Ap. Crim. nº 145.189/7 | Patos de Minas | José Arthur | 350 |
| Ap. Crim. nº 146.190/4 | Montes Claros | Paulo Medina | 353 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Ap. Crim. nº 146.764/6 | Coronel Fabriciano | Luiz Carlos Biasutti | 356 |
| Ap. Crim. nº 148.427/8 | Itanhandu | Zulman Galdino | 359 |
| Ap. Crim. nº 149.671/0 | Belo Horizonte | Herculano Rodrigues | 364 |
| Ap. Crim. nº 152.732/4 | Montes Claros | Luiz Carlos Biasutti | 367 |
| Ap. Crim. nº 153.613/5 | Itajubá | Zulman Galdino | 370 |
| Ap. Crim. nº 154.313/1 | Divino | Odilon Ferreira | 375 |
| *HC* nº 144.952/9 | São João Del-Rei | Roney Oliveira | 379 |
| *HC* nº 152.907/2 | Araguari | Zulman Galdino | 382 |
| *HC* nº 157.301/3 | Belo Horizonte | José Arthur | 384 |
| *HC* nº 158.744/3 | Governador Valadares | Edelberto Santiago | 388 |
| *HC* nº 158.806/0 | Belo Horizonte | Edelberto Santiago | 389 |
| *HC* nº 159.490/2 | Santa Rita do Sapucaí | Odilon Ferreira | 392 |
| *HC* nº 159.541/2 | Cataguases | Roney Oliveira | 396 |
| *HC* nº 162.512/8 | Pirapora | Gudesteu Biber | 399 |
| PCO nº 27.033/0 | Mariana | Kelsen Carneiro | 403 |
| PCO nº 49.271/0 | Barão de Cocais | Mercêdo Moreira | 409 |
| PCO nº 84.988/5 | Bonfim | Gomes Lima | 423 |
| Rec. Agravo nº 127.255/8 | Bocaiúva | Sérgio Resende | 427 |
| Rec. Agravo nº 143.204/6 | Contagem | Roney Oliveira | 430 |
| Rec. Agravo nº 145.106/1 | Lavras | José Arthur | 432 |
| Rec. Agravo nº 145.907/2 | Frutal | Herculano Rodrigues | 434 |
| Rec. Agravo nº 146.057/5 | Itajubá | Gudesteu Biber | 436 |
| Rec. Agravo nº 150.542/9 | Carlos Chagas | Kelsen Carneiro | 441 |
| Rec. Agravo nº 156.078/8 | Ipatinga | Luiz Carlos Biasutti | 444 |
| Rec. S. Est. nº 144.484/3 | Uberlândia | Kelsen Carneiro | 446 |
| Rec. S. Est. nº 145.275/4 | Abre Campo | Paulo Medina | 450 |
| Rec. S. Est. nº 146.275/3 | Itabira | Mercêdo Moreira | 452 |
| Rec. S. Est. nº 154.577/1 | Carmo do Paranaíba | Edelberto Santiago | 456 |


## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA


| RECURSO | RELATOR: MINISTRO | PÁG. |
|---|---|---|
| *HC* nº 8.619-SP | Fernando Gonçalves | 459 |
| *HC* nº 8.765-RS | Vicente Leal | 461 |
| *HC* nº 9.674-MG | Fernando Gonçalves | 463 |
| REMS nº 10.397-RS | José Arnaldo da Fonseca | 465 |
| REsp nº 86.302-RS | Barros Monteiro | 467 |
| REsp nº 149.366-SC | Sálvio de Figueiredo Teixeira | 470 |
| REsp nº 169.746-MG | Ruy Rosado de Aguiar | 474 |
| REsp nº 182.223-SP | Luiz Vicente Cernicchiaro | 478 |
| REsp nº 218.459-RS | Sálvio de Figueiredo Teixeira | 480 |
| RO*HC* nº 8.452-RJ | Nilson Naves | 487 |
| RO*HC* nº 8.489-PR | Cesar Asfor Rocha | 492 |


-:::-



# Índice Alfabético e Remissivo


- A -

**ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA** - Se a descriminante da legítima defesa não se acha estreme de dúvida, inadmissível é a absolvição sumária. - Desistência voluntária - Pronúncia - Legítima defesa desclassificação do delito - Lesão corporal ..... **456**

**ABUSO DE PODER** - A inércia da Administração no retardamento de ato ou fato que deva praticar caracteriza abuso de poder a ensejar correção judicial pela via própria, vez que o discricionarismo do Poder Público não pode encobrir capricho e omissão da autoridade administrativa ao deixar de executar determinada prestação de serviço a que esteja obrigada, causando inevitável lesão ao patrimônio jurídico-individual do cidadão.

- O abuso de poder é repudiado através de mandado de segurança, via constitucionalmente própria para coibir os abusos daqueles que dispõem de poder. - Alvará de demolição..... **159**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA** - V . **Liminar** ..... **84**

- É de se dar provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente ação civil pública quando dos autos não se colhe prova segura e certa da ocorrência dos fatos relevantes da causa narrados na inicial, a cargo de comprovação pelo órgão ministerial, mormente quando, em decorrência deles, inexiste prova inequívoca de dano patrimonial efetivo aos cofres públicos, nem tampouco que os réus tenham auferido indevido ou ilícito proveito de sua ação, tal como fora descrita. ..... **138**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** - O fato de a ação direta de inconstitucionalidade haver sido proposta contra o alcaide e não contra o município não constitui irregularidade capaz de invalidar o processo, até mesmo porque o prefeito representa o município, a teor do artigo 12, II, do *Codex* Instrumental.

- É de se declarar inconstitucional lei municipal que autoriza o Poder Executivo a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do município, por violar disposições constantes dos artigos 21, § 1º, e 22 e seu parágrafo único, da Constituição Mineira, mormente se, ainda que se admita que tal designação seja para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, não determina ela o tempo da contratação consoante exigência inserta no arti-

go 22 do aludido diploma constitucional, como, também, a Lei Federal nº 8.745, de 9/12/93, que deve servir de norte para os Estados e municípios. Sob aspecto outro, releva considerar que a legislação em referência e hostilizada não pode estender às funções de magistério o instituto da contratação temporária, à vista da vedação contida no parágrafo único do supracitado artigo 22 da Lei Maior Estadual.

- VV.vv.: Correta, porquanto constitucional, é a lei municipal que autoriza o Poder Executivo a promover a designação temporária de pessoal para provimento de cargos na área administrativa do município, se a expressão "até decisão final pela Justiça", dela constante, deixa muito clara a temporalidade dos respectivos contratos, não precisando, para tanto, prazo determinado, mas tão-somente prazo condicionado a futuro incerto. ..... **51**

- É inconstitucional a lei municipal que estabelece repasse automático de recursos financeiros à câmara de vereadores para as próprias despesas, por contrariar normas expressas da Constituição Estadual (artigos 161, IV, e 162 da CE), sendo que cabe ao prefeito a gerência das finanças municipais, que estão sob sua responsabilidade. ..... **58**

**AÇÃO RESCISÓRIA** - Nas ações rescisória e revisional, será cabível a concessão de liminar para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado (artigo 71, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91).

- Há erro de fato, embasador da rescisória, quando a sentença considera inexistente um fato efetivamente ocorrido (artigo 485, IX, § 1º, do CPC). Tendo a sentença admitido a ocorrência da revelia, embora a peça contestatória e o instrumento de mandato tivessem sido protocolados a tempo, porém extraviados dentro da secretaria judicial, conforme provam as certidões cartorárias, é de se acolher a rescisória com base no erro de fato. ..... **64**

- Apesar de constar textualmente ter ocorrido "composição amigável" quanto ao reconhecimento voluntário da paternidade em audiência, a decisão proferida manifestou-se quanto ao mérito, não podendo ser atacada senão via ação rescisória. - Deserção ..... **134**

**ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS** - Deferida a habilitação do casal estrangeiro para adoção, mas condicionada a expedição do respectivo laudo à indicação da criança pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), e posteriormente indeferida a respectiva expedição, à ocorrência de adoção dirigida, inexiste direito líquido e certo do casal contra o despacho do juiz relator, que não recebe recurso de reexame interposto para o Conselho da Magistratura, se através de recurso de revisão da deliberação, de resto não acolhido pela própria Comissão, com o que mantido o indeferimento da expedição do laudo, esgotaram-se os meios previstos no pertinente. - Mandado de segurança ..... **298**

**ADVOGADO NOMEADO DEFENSOR** - 1 - O advogado nomeado em comarca do interior para acompanhamento técnico de pedido de unificação de penas, formulado por sentenciado, exerce cargo equivalente ao de Defensor Público, devendo, em conseqüência, ser intimado pessoalmente, em ambas as instâncias, a teor do disposto no § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, com a redação dada Lei nº 7.871, de 1989.

2 - Ordem concedida para que, feita a intimação pessoal, caso suprida a falta, anulado o acórdão, decida o Tribunal acerca do mérito do agravo em execução. (STJ) ..... **459**

**AGRAVO** - A falta dos nomes dos advogados do agravado na petição do agravo deve ser desconsiderada, se o objetivo da lei foi alcançado, já que apresentada contraminuta pelo agravado na forma da lei.

- A ausência de descumprimento do disposto no art. 526 do CPC não é inescusável e não gera a inadmissibilidade do agravo de instrumento, inexistindo previsão legal de penalidade por tal omissão, especialmente quando a falha não ocasionar nenhum dano processual, já que, onde não há prejuízo e onde a lei não determina expressamente a nulidade do ato viciado, não se deve declarar a sua imprestabilidade. - Cobrança - Perícia - Documentos ..... **73**

**ALIMENTOS** - Mesmo em se tratando de verba de caráter alimentar, se indevida, não deve ser paga. - Aposentadoria proporcional ..... **119**

- Honrado o débito alimentício estruturador da execução, desnecessário prosseguir-se com o executivo, devendo o mesmo ser extinto, nos termos do art. 794, I, do CPC, não se podendo aplicar ao caso o art. 290 do mesmo *codex*, uma vez que a referida norma só incide nas ações que dependem de cognição completa, com sentença final, sendo inaplicável quando se tratar de processo de execução. - Sentença - Nulidade ..... **175**

- O direito à pensão alimentícia emanado de acordo judicial homologado por sentença transitada em julgado, concedido à mulher divorciada , não desaparece com o falecimento do ex-marido, tendo a mesma direito de participar da pensão previdenciária, concorrendo com a ex-companheira do falecido, conservando, todavia, o mesmo valor fixado por ocasião do divórcio. ..... **216**

- O aumento, a redução ou a isenção de pensão, em princípio, só se justifica em face da prova na mudança da fortuna de quem a supre e na de quem a recebe e, não sendo feita tal prova, descabe promover a alteração dos alimentos, não servindo a circunstância do afastamento de um dos filhos da companhia materna para a conclusão da diminuição do valor da pensão alimentícia, porque as despesas gerais de uma casa não diminuem com a saída de apenas um dos seus membros. - Guarda de filho ..... **246**

- V. **Prisão civil** ..... **382**

- A responsabilidade alimentar do avô tem como pressuposto a "falta" dos pais (art. 397 do Código Civil), a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação, inadimplente durante meses, e sem que o credor tivesse algum êxito no processo de execução em curso.

- Recurso conhecido e provido para admitir a legitimidade passiva do avô paterno. (STJ) ..... **474**

**ALVARÁ DE DEMOLIÇÃO** - Embora reconheça o direito de construir, não pode o Judiciário determinar a expedição de alvará para demolição de imóvel, porque incompetente para tanto, mas, outrossim, pode determinar que o ente público se pronuncie a respeito do que lhe foi apresentado e da documentação a ele entregue. - Abuso de poder ..... **159**

**ALVARÁ DE SOLTURA** - O alvará de

soltura não se estende ao co-réu, se, em relação a ele, o auto de prisão em flagrante não se reveste de ilegalidade. - Prisão em flagrante - *Habeas corpus* ..... 396

**ANULATÓRIA** - Inocorrentes vícios e ilegalidades no processo administrativo de que resultou a demissão do servidor, revelando-se nos autos, ademais, que o mesmo cometera faltas graves a justificar a punição imposta, é de se julgar improcedente a ação anulatória do ato administrativo. - Sentença - Ato administrativo ..... 173

**APELAÇÃO** - Sendo a apelação do Tribunal do Júri de fundamentação vinculada e tendo o apelante fincado seu inconformismo no art. 593, III, *d*, do CPP, não pode ele inovar argüindo nulidade. - Preclusão - Libelo - Pronúncia - Motivo fútil ..... 353

- Desde que a apelação seja interposta tempestivamente pelo *Parquet*, o oferecimento tardio das razões não impede o seu conhecimento pelo tribunal, já que ao Ministério Público é vedado desistir de recurso interposto, devendo a apelo ser conhecido, outrossim, por força do regramento expresso ao art. 601 do CPP. - Regime prisional - Estado de necessidade ..... 364

**APOSENTADORIA PROPORCIONAL** - O servidor que requer sua aposentadoria proporcional e imediatamente se afasta do serviço público assume, a partir daí, a condição de inativo, pelo que deve sofrer redução nos seus vencimentos, não tendo ele direito à percepção dos proventos integrais até a publicação do ato de aposentação, pois os efeitos deste, inclusive pecuniários, retroagem à data daquele afastamento. Ademais, a norma do art. 36, § 6º, da Constituição Estadual, garante o afastamento imediato do servidor, mas não lhe confere o direito de perceber proventos integrais enquanto não publicado o ato de sua aposentadoria.

- Detectada a irregularidade quanto ao pagamento dos vencimentos do servidor que, embora tenha requerido sua aposentadoria proporcional e se afastado de imediato das atividades, continua percebendo vencimentos integrais, a retificação do ato administrativo reduzindo os proventos se impõe, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, pois que fundado em erro de fato, capaz de torná-lo viciado e insuscetível de gerar direitos. - Alimentos..... 119

**ARREMATAÇÃO** - A nulidade incidente sobre a arrematação de bem levado à praça, tratada pelo art. 686, V, do CPC, somente poderá ser argüida pelo próprio arrematante. - Ministério Público ..... 214

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA** - Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, por suas implicações, inclusive de natureza penal (crime de falsidade ideológica), a teor do art. 1º da Lei nº 7.115/83. ..... 92

**ATO ADMINISTRATIVO** - V. **Anulatória** ..... 173

**AUTORIDADE COATORA** - Quando a autoridade coatora é o prefeito municipal e, nessa qualidade comparece aos autos através de advogado ali indicado como seu procurador, faz com que o município esteja automaticamente representado, pois que, a teor da norma do art. 12, inciso II, do CPC, é o município representado em juízo ativa e passivamente por seu prefeito ou procurador. - Concessão de serviço público - Legitimidade da parte ..... 229

- C -

**CÂMARA MUNICIPAL** - Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a câmara municipal tenha capacidade processual. Todavia, a possibilidade de ser parte restringe-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. E, por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento, sendo parte legítima, nesta hipótese, apenas o município. - Honorários de advogado ..... 125

- A câmara municipal, mesmo sendo um dos órgãos que compõem os Poderes do município, não possui capacidade processual para figurar no pólo ativo ou passivo de demandas cujo objeto não guarde pertinência com a defesa de suas atribuições institucionais, pois é aquela pessoa política - o município - quem suportará as conseqüências patrimoniais de eventual condenação. ..... 277

**CARTÓRIO** - Sendo a atividade notarial de foro extrajudicial um serviço público exercido por delegação e fiscalizado pelo Estado, não possuem os cartórios de notas personalidade jurídica capaz de figurar no pólo passivo da obrigação fiscal, não estando submetidos ao pagamento de tributo e nem à cobrança de taxa de licenciamento, pelo que é de todo ilícito exigir-se-lhes o cadastramento fiscal de pessoa jurídica. - Obrigação tributária ..... 248

- A legislação invocada pelo recorrente como suporte de sua irresignação data de 1966, encontrando-se já superada por dispositivo constitucional (art. 236, § 3º, CF), que afirma a necessidade de concurso de provimento ou de remoção para ingresso na atividade notarial.

- Assim, merece ser anulada a remoção para o respectivo cargo, que foi preenchido em inobservância do preceito constitucional supra.

- Recurso parcialmente provido. (STJ) ..... 465

**CASAMENTO** - É de se confirmar sentença que julga procedente ação anulatória de casamento aforada pela mulher se a prova oral produzida, alicerçada pela própria e isenta confissão do marido, demonstra, à saciedade, a sua homossexualidade, notadamente quando afastado o conluio dos cônjuges e provado o completo desconhecimento da virago a respeito da conduta sexual do réu anteriormente ao casamento, a configurar o erro essencial de que fala o artigo 219, inciso I, do Código Civil, com a conseqüente insuportabilidade da vida em comum. - Inicial ..... 156

**COBRANÇA** - Tratando-se de diferenças contábeis pretendidas em ação ordinária de cobrança a favor do autor, deve-se deferir a perícia por ele requerida, por ser seu o *onus probandi*, não podendo o réu se opor à sua realização. - Perícia - Documentos - Agravo ..... 73

**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 98 ..... 131
- Art. 219, I ..... 156
- Art. 230 ..... 193
- Art. 258 ..... 193
- Art. 350 ..... 112
- Art. 363 ..... 112
- Art. 397 ..... 474
- Art. 527 ..... 181
- Art. 629, parágrafo único ..... 243
- Art. 999 ..... 178/258

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
- Art. 6º ..... 228
- Art. 12, II ..... 51/229
- Art. 19 ..... 90
- Art. 20, §§ 3º e 4º ..... 125
- Art. 132 ..... 173/470
- Art. 132, parágrafo único ..... 151
- Art. 284 ..... 184
- Art. 290 ..... 175
- Art. 458, I e II ..... 175
- Art. 471, I ..... 99
- Art. 485, IX, § 1º ..... 64
- Art. 526 ..... 73
- Art. 578 ..... 99
- Art. 686, V ..... 214
- Art. 794, I ..... 175
- Art. 800 ..... 94
- Art. 984 ..... 88
- Art. 1.102, *a* e *c* ..... 480
- Art. 1.183 ..... 275

**CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**
- Art. 6º, VII ..... 423
- Art. 41 ..... 384
- Art. 302, I, II, III e IV ..... 396
- Art. 366 ..... 356
- Art. 386, VI ..... 403
- Art. 392 ..... 370
- Art. 408 ..... 353
- Art. 571, VIII ..... 463
- Art. 581, XII ..... 441
- Art. 593, III, *d* ..... 353
- Art. 601 ..... 364

**CÓDIGO PENAL**
- Art. 12 ..... 399
- Art. 44 ..... 330/359
- Art. 59 ..... 304/403
- Arts. 59 e 71 ..... 403
- Art. 87 ..... 441
- Art. 121, § 2º, IV ..... 446/452
- Art. 136, § 2º ..... 343
- Art. 213, c/c art. 14, II ..... 370
- Art. 228 ..... 318
- Art. 228, § 1º ..... 330

**COISA JULGADA MATERIAL** - Não há que se falar em coisa julgada material se ações anteriormente propostas foram extintas sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa dos postulantes. - Investigação de paternidade - Nulidade processual ..... 112

**COMPETÊNCIA** - Contra sentença criminal que decidiu sobre a especialização da hipoteca legal, em sua primeira fase, onde se discute a questão da especialização propriamente dita, cabe recurso de apelação junto a câmara criminal, posto que aquela é medida de processo penal, que serve de garantia do valor das penas pecuniárias e das custas processuais, tendo, pois, natureza criminal. - Hipoteca legal ..... 60

- Entre juízes de igual competência territorial, cumulativa, a distribuição da cautela jurisdicional previne a competência para ação principal, distribuível por dependência, consoante inteligência e alcance do art. 800 do CPC. Destarte, ajuizadas as medidas cautelares de separação de corpos e alimentos provisionais, fica prevento para o conhecimento e julgamento da ação principal relativa à separação judicial o juízo da Vara de Família para onde as cautelares foram distribuídas e despachadas em primeiro lugar. ..... 94

- V. **Execução fiscal** ..... 106

- Compete à Justiça Obreira o julgamento de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de relação empregatícia em que o Estado direta ou indiretamente for parte. A interpretação recente do art. 114 da Constituição Federal, feita pelo STF, reconhece a competência para tais ações à Justiça do Trabalho. ..... 224

- V. **Negatória de paternidade** ..... 296





**COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA** - Nos processos de competência originária, não cabendo recurso ordinário das decisões finais neles proferidas, e, sim, eventualmente, apenas os recursos especial e extraordinário, de admissibilidade extremamente restrita e sem efeito suspensivo, nada impede que o reconhecimento da prescrição se faça de imediato. Assim sendo, transcorrido o prazo legal autorizatório da declaração de extinção de punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva, cancelando todos os efeitos da condenação, deve ser a mesma declarada de ofício. - Prefeito - Crime de responsabilidade ..... 403

**COMPETÊNCIA RECURSAL** - Tratando-se de pedido de acomodação familiar, com sintomas de necessidade e de justiça, porém sem qualquer relação com herança, sucessão e inventariança, mas guardando estreita correlação com matéria possessória, em face do pedido de ingresso em imóvel residencial da família, não há negar que a competência para julgamento, em grau de recurso, na exata compreensão do art. 108, item II, da Constituição Estadual, é do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em face de encerrar questão de direito possessório. ..... 62

- Tratando a espécie de bens alienados fiduciariamente e que não foram arrecadados pelo juízo universal da falência por estarem onerados, sendo que, na fase de execução da ação de depósito, o feito transcorreu perante o juízo cível, em face da manifesta incompetência do juízo universal da falência, por se tratar de demanda ajuizada antes da quebra, não se vislumbra a *vis attractiva* do juízo falimentar, impondo-se a declaração de incompetência do Tribunal de Justiça para conhecer e julgar a matéria, deslocando-se a competência para o Tribunal de Alçada ou para órgão recursal dos juizados especiais, consoante disposição contida no art. 108, II, da Constituição Estadual. ..... 71

**CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO** - A concessão de serviço público firmada através de contrato celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, sem a realização de procedimento licitatório prévio, é nula, motivo por que não há se falar em direito líquido e certo de a empresa contratada continuar a explorar o serviço em questão. - Autoridade coatora - Legitimidade da parte ..... 229

**CONCURSO PÚBLICO** - Em concurso público de provas, não cabe ao Judiciário apreciar as questões, mas tão-somente o aspecto da legalidade do procedimento seletivo e das soluções de convalidação ou de anulação acaso dadas pela banca examinadora a alguma questão impugnada, em tratamento igualitário de todos os candidatos. ..... 67

- O concurso público é um procedimento que somente se encerra com a homologação dos resultados apurados nas provas a que se submeteram os candidatos, devendo a Administração Pública velar para que a seleção se proceda em consonância com o que dispõe a legislação vigente durante o seu andamento. Assim, se no curso do procedimento é editada lei modificando a exigência de escolaridade dos candidatos, impõe-se sua aplicação imediata, sem que se fale em ofensa aos princípios do direito adquirido e da irretroatividade das leis, estando o administrador obrigado a modificar o edital para adaptá-lo à nova legislação, com o que se efetivam os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. O que não se pode admitir são al-

terações arbitrárias e prejudiciais e nunca adaptação de um procedimento que ainda não terminou ao que a lei passa a considerar o interesse público a ser tutelado.

- V.v.: - A mudança na legislação, alterando a exigência do edital do concurso quanto à escolaridade não pode atingir o candidato inscrito, se à época da inscrição preenchia ele todos os requisitos para o cargo, estando sua situação consolidada quando da entrada em vigor da nova lei, sob pena de ofensa ao direito adquirido, garantido no inciso XXXVI do art. 5º da CF. A alteração das regras depois de iniciado o certame conduz à nulidade do procedimento. ..... 265

- Contraria o art. 37 da CF a exigência do exame psicotécnico, de caráter eliminatório, em concurso público, sem a especificação prévia na lei ou no edital dos critérios objetivos da avaliação, dos testes a serem aplicados, dos responsáveis pela aplicação e aferição dos resultados, sem interferência do estado momentâneo psicossomático de cada examinando, pois do contrário haverá desacato aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e publicidade.

- O inciso II do art. 37 da CF condiciona a investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, não às avaliações psicológicas, realizadas em caráter reservado e sem oportunidade de contradição, garantidas no inciso LV do art. 5º da CF.

- É incompatível com o texto constitucional a adoção de um "perfil psicológico", em que se devam encaixar todos os candidatos, por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade aos cargos públicos, dada a individualidade própria de cada candidato. - Psicotécnico ..... 286

**CONDOMÍNIO** - V. **Desapropriação indireta** ..... 181

- V. **Separação judicial** ..... 243

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**
- Arts. 21, § 1º, e 22 e seu parágrafo único ..... 51
- Art. 22 ..... 51
- Art. 36, § 6º ..... 119
- Art. 108, II ..... 62/71
- Arts. 161, IV, e 162 ..... 58

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**
- Art. 5º, V e X ..... 203
- Art. 5º, LV ..... 190/286
- Art. 5º, XXXVI ..... 265
- Art. 5º, LXXVI, *a* e *b* ..... 281
- Art. 5º, XXXVIII, *c* ..... 304
- Art. 34, § 8º, do ADCT ..... 284
- Art. 37 ..... 286
- Art. 37, II ..... 286
- Art. 37, § 5º ..... 148
- Art. 37, § 6º ..... 79/196/199/239
- Art. 114 ..... 224
- Art. 155, X, *a* ..... 254
- Art. 227, § 6º ..... 271
- Art. 236 ..... 79
- Art. 236, *caput* e § 2º ..... 281
- Art. 236, § 3º ..... 465

**CONTAS** - Aprovadas as contas orçamentárias do município pela câmara municipal, escapa do controle jurisdicional o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. - Ressarcimento de danos ao erário público ..... 148

**CORREÇÃO MONETÁRIA** - A correção monetária nada mais representa do que a mera atualização da moeda, corroída no decurso dos anos pela força destruidora da inflação, que assola a economia, e, como tal, se revela instrumento de recomposição do valor, visando ao equilíbrio das relações jurídicas, a preservar a sua expressão econômica, não se permitindo, por isso, lhe seja dada a natureza de acessório ou mesmo de sanção.

- Tem-se admitido a correção monetária de créditos extemporâneos quando o erário público tenha formulado embaraço ao seu aproveitamento, impedindo o contribuinte do ICMS de exercitar o direito constitucionalmente assegurado, de levá-los imediatamente a registro, para que se promova a apuração do montante do imposto devido. - ICMS ..... 166

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO** - Lavrado o auto de infração, o contribuinte tem direito líquido e certo de ver regularmente processada a impugnação administrativa tempestivamente por ele apresentada, sendo defeso à Administração Fazendária indeferi-la de plano, ainda que se trate de crédito tributário não contencioso declarado pelo próprio contribuinte, devendo ser instaurado o processo tributário administrativo, pois a ampla defesa prevista no art. 5º, LV, da CF, é assegurada, também, em processos administrativos. ..... 190

**CRIME CONTRA OS COSTUMES** - Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima não merece credibilidade se for incongruente e não se coadunar com os demais elementos do processo, especialmente quando provado que os fatos não se deram às escondidas e ficar demonstrada, outrossim, a ausência de possibilidade para a ocorrência do delito, devendo-se, em tal hipótese, absolver o réu. ..... 338

**CRIME DE FALSO** - V. **Estelionato** ..... 311

**CRIME DE RESPONSABILIDADE** - A auditoria realizada por determinação do sucessor do réu, seu declarado inimigo político, e por firma particular compromete o seu valor como prova, sabendo-se que no processo penal não existe a figura da perícia particular, não servindo para sustentar a acusação de desvio de rendas públicas, mister quando aquela é invalidada por laudo oficial que reconhece a regularidade dos valores reembolsados.

- Não existindo elementos idôneos que comprovem a acusação de desvio de rendas públicas por parte do réu e em seu próprio benefício, há de se impor a absolvição, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

- A contratação de diversos servidores em desacordo com o que determina a lei, sem concurso público, durante todo o mandato, sem justificação do motivo de força maior, implica a infração do disposto no inc. XIII do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, devendo o réu ser condenado, observando-se na dosimetria da pena a sua primariedade, seus antecedentes e as circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do CP, levando-se em conta, ainda, o art. 71 do CP. - Competência originária - Prefeito ..... 403

- Frustrar o prefeito procedimento licitatório, participando, como licitante, de concorrência pública para aquisição de bens da prefeitura, não constitui, *in per se*, fato criminoso, por faltar-lhe tipicidade, já que não se enquadra em qualquer das formas típicas descritas no Dec.-lei nº 201/67.

- A utilização pelo prefeito de bens públicos para a construção de rede telefônica interligando sítio de sua propriedade, onde residia, à rede local de cabos da Telemig

não constitui crime, se evidenciado interesse administrativo e público.

- Utilizar-se o prefeito, indevidamente, em proveito próprio e alheio, de rendas públicas, para pagamento de despesas de "lua-de-mel" de amigo pessoal seu, bem como para pagamento de despesas com manutenção de veículos particulares, constitui crime previsto no inciso II do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67, sendo irrelevante para os efeitos de sua condenação tenha ele reparado o dano, recolhendo a importância devida, uma vez que tal fato não elide o crime, interessando apenas à dosimetria da pena.

- Os crimes definidos nos incisos I e II do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67 distinguem-se dos previstos nos incisos III e V do mesmo artigo. Os primeiros lesam o patrimônio público e a probidade que deve reger os atos da Administração visando o agente proveito próprio e alheio e, por isso, a lei comina-lhes pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Os segundos, previstos nos incisos III e V daquele dispositivo, apenas perturbam o regular funcionamento da Administração Pública, razão pela qual a pena a eles cominada é menor, de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção.

- A aquisição de bens, pelo prefeito, sem concorrência pública, em desacordo com as normas financeiras pertinentes, constitui crime previsto no inciso XI do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67.

- Nos processos de competência originária, em que não cabe recurso ordinário das decisões neles proferidas, e, sim, eventualmente, apenas recursos especial e extraordinário, de admissibilidade restrita e sem efeito suspensivo, nada impede que, vindo a condenar o réu, possa o Tribunal, pela própria câmara julgadora e por ocasião do julgamento, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da punibilidade. ..... **409**

**CRIME FALIMENTAR** - Nos crimes falimentares, o prazo prescricional de dois anos começa a fluir da data em que deveria estar encerrada a falência, sendo este lapso interrompido pelo recebimento da denúncia. ..... **320**

- Nos crimes societários, pela própria natureza da conduta criminosa, não se pode exigir que a denúncia discrimine os atos específicos de cada sócio.

- Tratando-se de crime falimentar, suporta a pena quem gerir a sociedade e em nome dela praticar atos criminosos, não sendo inepta a denúncia que é dirigida contra diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, pois são eles equiparados ao devedor ou falido para todos os efeitos da Lei Falimentar (art. 191 do Decreto-lei nº 7.661/45).

- Os sócios ou diretores retirantes de uma sociedade comercial, mesmo com a saída registrada na JUCEMG, respondem pelos atos da sociedade ainda nos dois anos seguintes à despedida ou retirada.

- Os falidos ou os diretores da sociedade falida não se escusam da responsabilidade pela alegação de que as irregularidades hajam sido praticadas pelo contador. - Denúncia - Trancamento da ação penal ..... **384**

**CRIME HEDIONDO** - O crime hediondo, de acordo com o art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90, é insuscetível de liberdade provisória, a teor do art. 2º da referida lei, sendo irrelevante a condição do agente de ser primário, possuir bons antecedentes e ter residência e emprego





fixos. - *Habeas corpus* - Flagrante ..... **392**

**CRISTIANO ÁLVARES VALLADARES DO LAGO, DR.** - Sistemas processuais penais - Artigo de doutrina ..... **07**

- D -

**DANO MORAL** - O município responde pelo pagamento de indenização por danos morais conseqüentes da morte de particular por afogamento, em decorrência de enchente provocada por chuvas torrenciais, quando restar demonstrado nos autos que a municipalidade não realizou as obras necessárias, para proporcionar o regular escoamento das águas pluviais, especialmente no caso de ficar provado que outros acidentes do mesmo tipo já haviam acontecido no local, sem que fossem tomadas as providências pela prefeitura para se evitarem novas ocorrências, eis que a Administração responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exige diligência a seu cargo.

- Em se tratando de perda de esposa e mãe, em virtude de nefasto acidente, o dano moral é configurado, porque decorrente de parentesco.

- Os danos morais são indenizáveis independentemente dos danos materiais, a teor do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

- Na fixação do *quantum* devido a título de dano moral, devem-se considerar as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas, não se podendo olvidar a repercussão na esfera dos lesados e o potencial econômico-social do lesante. ..... **203**

**DECISÃO CONFORME A PROVA DOS AUTOS** - Concluindo os senhores jurados por uma das versões contidas nos autos, a que lhes pareceu mais conveniente, e que encontra supedâneo nos elementos constantes dos autos, há que ser mantido o veredicto popular. - Dolo eventual ..... **397**

**DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS** - Se o Conselho de Sentença, diante das alternativas de convicção apresentadas, opta pela que lhe parece mais consistente, não se pode dizer que esta opção contraria a prova dos autos, capaz de anular o julgado, pois sua conclusão, desde que extraída do processo, há de ser prestigiada, em acolhimento à soberania que a Constituição da República (art. 5º, XXXVIII, *c*) confere ao Tribunal do Júri. - Pena-base - Estado de necessidade - Libelo .. **304**

**DECRETO ESTADUAL**
- Nº 26.562, de 1987 - art. 8º, § 2º ..... **137**

**DECRETO FEDERAL**
- Nº 24.643, de 1934 - arts. 26 e 27 ..... **121**
- Nº 3.112, de 1999 ..... **499**

**DECRETO-LEI FEDERAL**
- Nº 201, de 1967 - art. 1º, I, II, III, V, e XI ..... **409**
- Nº 201, de 1967 - art. 1º, I, e XIII ..... **403**
- Nº 406, de 1968 - art. 2º, § 8º ..... **291**
- Nº 766, de 1945 - arts. 1º e 4º ..... **178**
- Nº 766, de 1945 - art. 4º, IV ..... **258**
- Nº 766, de 1945 - art. 10 ..... **260**
- Nº 766, de 1945 - art. 124 ..... **90**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 35 ..... **492**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 191 ..... **384**

**DENÚNCIA** - Não há que se falar em inépcia da denúncia se a mesma, ancorada em inquérito policial em face de processo falimentar, descreve satisfato-

riamente os fatos delituosos com todas as circunstâncias relevantes, precisa o envolvimento dos denunciados, indica a qualificação de todos e classifica corretamente os crimes, estando em consonância, portanto, com o disposto no art. 41 do CPP. - Crime falimentar - Trancamento da ação penal ..... 384

**DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA** - Tratando-se de terreno em condomínio, não tendo havido registro de escritura amigável de divisão, a propriedade de cada condômino continua indefinida e legitimado para ação indenizatória (desapropriação indireta) é o condomínio, e não cada condômino isoladamente.

- Tendo havido transferência do domínio, sem ressalva ou restrição alguma, entende-se, ante a ausência de reserva nas transações imobiliárias, que os adquirentes se sub-rogam nos direitos e ações dos alienantes, na forma da lei (art. 527 do Código Civil), tendo, pois, legitimidade para a ação de desapropriação indireta.

- Comprovada a propriedade e o apossamento indevido pelo órgão expropriante, ainda que parcial, manifesto é o interesse de agir, não havendo que se falar em carência. A quantificação da faixa ocupada e seu respectivo valor podem ficar para exame, inclusive na fase de execução, não sendo requisito essencial da inicial a perfeita descrição dos imóveis com suas precisas dimensões, divisas e confrontações. - Condomínio. ..... 181

**DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO** - V. **Desistência voluntária** ..... 456

**DESERÇÃO** - Na esteira do entendimento esposado pelo STJ, a insuficiência do preparo, com pagamento apenas das custas, sem a taxa de remessa e retorno dos autos da apelação, não é causa para o decreto de deserção, pois representa importância insignificante e não se iguala à falta de preparo, situação prevista na lei como causa para que se julgue deserto o recurso. - Ação rescisória ..... 134

**DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA** - Não se apresentando evidenciada de forma clara a desistência voluntária, inadmite-se a desclassificação do delito de homicídio doloso para o crime de lesão corporal, uma vez que na fase da pronúncia prevalece o princípio *in dubio pro societate*. - Absolvição sumária - Pronúncia - Legítima defesa - Desclassificação do delito - Lesão corporal ..... 456

**DESMATAMENTO** - Efetuar desmatamento, destocamento e corte de árvores, inclusive de espécimes raras, destruindo e danificando floresta de preservação permanente, ou mesmo aquelas florestas ainda em formação, sem permissão da autoridade competente, constitui infração penal dos tipos previstos nas letras *a* e *b* do art. 26 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal).

- O art. 33 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) confere aos agentes do IEF a atribuição de realizar levantamentos relativos a contravenções penais previstas no art. 26 do mesmo diploma legal, e o art. 6º, inciso VII, do CPP, recomenda-o desde o inquérito. - Prova técnica ..... 423

**DNA** - V. **Registro civil** ..... 131

**DOCUMENTOS** - Mera ausência de autenticação em documentos não os torna inválidos em Juízo, se a parte, fundamentadamente, não impugna sua autenticidade nem aponta possíveis fraudes nas fotocópias apresentadas. - Cobrança - Perícia - Agravo ..... 73

**DOLO EVENTUAL** - Na hipótese de dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de modo a assumir o risco de produzir o resultado. Se não queria o resultado, mas, por imprudência, se arriscou a produzi-lo, não pode ser responsabilizado a título de dolo eventual, mas, tão-só, pela culpa consciente, na qual o evento é previsto, mas o agente confia em que não ocorra. - Decisão conforme a prova dos autos ..... 367

**DOUTRINA** - Sistemas processuais penais - Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago. ..... 07

- E -

**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL** - Sem poderes expressos, não pode o advogado nomear bens à penhora e subscrever o seu respectivo termo. Só depois de seguro o Juízo é que se tornam admissíveis os embargos à execução (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80). À falta do requisito, deve-se, de ofício, julgar extinto o processo de embargos, por falta de segurança do Juízo. ..... 170

**EMBARGOS DE TERCEIRO** - Procedem embargos de terceiro interpostos por ex-cônjuge em defesa de imóvel que lhe coubera em separação judicial devidamente homologada, penhorado em execução movida contra ex-marido, mormente quando a separação se dera antes da origem da dívida executada e o aludido imóvel constitui o único bem dessa categoria e de natureza residencial do casal.

- A falta de averbação da sentença homologatória da separação judicial no cartório imobiliário competente não retira do ex-cônjuge a legitimidade para a interposição de embargos de terceiro em defesa da posse de imóvel que lhe coubera na partilha dos bens.

- A posse pode ser defendida por meio dos embargos, e a partilha dos bens homologada judicialmente tem o condão de transmitir a posse dos bens àqueles beneficiados por ela, em caráter *iuris tantum* e presumível até prova em contrário, vez que transmitida com a mesma natureza e forma com que fora adquirida. - Ex-cônjuge ..... 263

**EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL** - Nº 23, de 02/09/99 ..... 505

**ENERGIA ELÉTRICA** - Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no reajuste de tarifa de energia elétrica no período de congelamento de preços, pois tal reajuste propicia a justa remuneração do capital investido e garante a continuidade do serviço público em fornecer o produto, assegurando o equilíbrio social, econômico e financeiro. ..... 220

**ESTADO DE NECESSIDADE** - A ocisão daquele que proferiu ameaças a outrem não comparece como exclusiva ou única via capaz de afastar o suposto perigo desencadeado pelas intimidações, afastando-se o alegado estado de necessidade, mesmo porque, proferidas aquelas em tempo pretérito, não eram capazes de ensejar situação de perigo atual ou iminente. - Libelo - Pena-base - Decisão contrária à prova dos autos ..... 304

- O estado de necessidade, em nosso Direito, é causa de exclusão da ilicitude e leva, portanto, à absolvição, não se prestando para justificar a modificação de regime prisional previsto em lei, como no caso do delito de tráfico de entorpecentes. Os motivos do crime, em

tal hipótese, devem ser considerados para a fixação da pena-base, e não para a imposição do regime prisional. - Regime prisional - Apelação ..... 364

**ESTELIONATO** - Se o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. - Crime de falso ..... 311

**ESTUPRO** - Por se tratar de regra de caráter híbrido, de direito material e processual, inaplicável é o art. 366 do CPP às infrações cometidas antes da vigência da Lei nº 9.271/96.

- Há que se acolher a palavra da vítima, embora com 12 anos de idade, incriminando o acusado, por conformar-se com as demais provas contidas nos autos, capazes de dar-lhe plena credibilidade. ..... 356

- Tem-se como configurada a tentativa de estupro se inequívoco o propósito do acusado de, mediante o emprego de violência física, manter relações sexuais com a ofendida, só não o conseguindo em face de circunstâncias alheias à sua vontade. - Tóxico - Legitimidade processual - Intimação pessoal - *Sursis*. ..... 370

**EX-CÔNJUGE** - V. **Embargos de terceiro** ..... 263

**EXECUÇÃO FISCAL** - Consoante o que dispõe o art. 578 do CPC, é definitiva a execução fundada em título executivo extrajudicial, ainda que pendente de recurso interposto pelo devedor, contra sentença que rejeitou seus embargos, sendo possível proceder-se à venda antecipada dos bens constritados.

- Embora prevista como medida excepcional, é possível penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, consoante previsão expressa contida no § 1º do art. 11 da Lei nº 6.830/80, pelo que não é ilegal a constrição de parte do estoque da empresa executada, mormente quando o devedor não oferece bens suficientes à garantia integral da execução, nem apresenta prova inequívoca de que possui outros bens que suportem o sucesso do feito executivo. - Penhora - Preclusão. ..... 99

- A execução fiscal pode ser ajuizada tanto no foro do domicílio do réu quanto no do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu sua origem à dívida, sendo que somente o executado pode argüir a incompetência do Juízo, e não a juiz, por se tratar de competência relativa. - Competência ..... 106

**EXECUÇÃO PENAL** - Embora a Lei de Execuções Penais disponha de forma exaustiva as hipóteses de cumprimento de pena privativa da liberdade em residência particular - art. 117 -, a jurisprudência dos nossos pretórios, sensível ao grave estado deficitário dos nossos presídios, tem admitido que sentenciados no regime aberto permaneçam em prisão domiciliar na falta de vaga em Casa de Albergado.

- *Habeas corpus* concedido. (STJ) ..... 461

- F -

**FALÊNCIA** - Requerida a falência pelo próprio devedor (autofalência), cumpre-lhe prover as despesas, para as quais não dispõe de numerário o Juízo, de atos que realize no respectivo processo, sendo legítima a exigência de antecipação do pagamento para publicação de editais diante de eventual decreto de falência que, se fosse realizada pelo credor, teria preferência absoluta sobre os créditos habilitados, como encargos ou dívidas da massa (arts. 19 do CPC e 124 da Lei de Falências). ..... 90

- O pagamento parcial da dívida não impede a decretação da falência, em razão de persistirem os requisitos da impontualidade do devedor, que ainda não cumpriu a obrigação assumida, assim como a legitimidade do título para a propositura de ação executiva.

- O simples fato de ter havido pagamento parcial da dívida consubstanciada em títulos de crédito protestados não comprova a ocorrência de novação, especialmente quando ausentes os requisitos do art. 999 do Código Civil.

- Preenchidos os requisitos do art. 1º da Lei Falimentar, inexistindo quaisquer das hipóteses do art. 4º daquele diploma legal, imperativa a conclusão pela procedência do pedido de falência. ..... 178

- A inicial de falência que contém pedidos, para citar o réu, ou para apresentar defesa em 24 (vinte e quatro) horas, ou para depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, elidindo a falência, não é inepta. Entender o contrário é exceder em formalismo em detrimento dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual. - Petição inicial ..... 237

- O pagamento que impede a declaração de falência é o pagamento integral, e não o parcial, ainda que feito após o protesto e antes do pedido de quebra, a teor do disposto no art. 4º, IV, da Lei de Falências. O título configurador da obrigação de pagamento, mesmo com o pagamento parcial, não perde a natureza de título líquido, certo e exigível, cujo valor fica apenas reduzido ao saldo credor, por mero cálculo aritmético.

- Incomprovado o *animus novandi*, que é condição fundamental para a caracterização da novação como fruto da convergência de vontade bilateral, descabe a alegação para fins de ilidir a decretação da falência, ainda mais porque a novação só se caracteriza nas hipóteses do art. 999 do Código Civil, no caso não demonstradas. - Novação. ..... 258

- A discrepância das razões sociais entre a sociedade requerida e as cambiais que instruem o pedido de quebra não deve ser relevada, para fins de decretação da quebra, quando se evidenciar, da conjugação dos elementos e alterações promovidas, tratar-se da mesma sociedade, mister quando transparecer o intuito de estabelecer confusão e de induzimento ao erro das pessoas de boa-fé.

- O que a lei falimentar exige é o protesto tirado com a certidão de intimação do devedor para pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta, além da certidão, se for o caso, de não haver sido encontrado o devedor, quando se fará a intimação editalícia (art. 10 da Lei de Falências). Certificando o oficial da serventia de protesto, o qual inclusive tem fé pública, que "fez a intimação", e inexistindo negativa da intimação por parte da defesa, não há que se falar em irregularidade do protesto. - Protesto ..... 260

**FALÊNCIA DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA** - Na figura do falido, constante do artigo 35 da Lei de Quebras, não se enquadra o sócio quotista não solidário e que há mais de vinte anos não exerce função de direção, administração ou gerência da sociedade falida.

- Recurso provido. Ordem concedida. (STJ) ..... 492

**FILIAÇÃO ADOTIVA** - V. **Guarda de filho** ..... **271**

**FLAGRANTE** - Se a Polícia parte em perseguição do agente, tão logo toma conhecimento do delito, e, ao encontrá-lo, dá-lhe voz de prisão, fica caracterizado o flagrante, pouco importando o fato de os policiais haverem demorado algumas horas, após o crime, para efetuar aquela prisão, não havendo que se falar em sua ilegalidade, sendo inadmissível o seu relaxamento. - Crime hediondo - *Habeas corpus*. ..... **392**

- G -

**GUARDA DE FILHO** - Denega-se pedido de alterações de guarda de filha menor feito pela mãe, se se encontra a criança bem adaptada há vários anos ao lar paterno, e não se demonstrou qualquer razão relevante que levasse à necessidade de sua modificação. - Princípio da identidade física do juiz - Prazo recursal ..... **151**

- Revelando a prova produzida nos autos, através de estudo psicológico e social, respaldado pela prova testemunhal, que a mãe dos menores é inteiramente dedicada aos mesmos, zelando pela sua saúde e educação, tendo condições de suprir as suas necessidades orgânicas e psíquicas, e que os filhos manifestam desejo de continuar na companhia da mesma, sem preocupação de magoar o pai, é de se indeferir o pedido deste de modificação de guarda. - Alimentos ..... **246**

- Rejeita-se a preliminar de impropriedade da medida de busca e apreensão de menor e da ação de regulamentação de visita em lugar da definição da guarda do menor, posto que sem relevância, uma vez que a decisão final define a guarda do menor e regulamenta as visitas.

- No exame da guarda do menor, deve-se observar exclusivamente o seu bem-estar, que deve derrogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões, diante do princípio a ser tomado na solução dos litígios sobre a guarda e manutenção do menor. Para melhor discernimento, em busca da solução justa, faz-se necessário um conhecimento da família do menor, bem como de suas relações com a mesma, devendo para tanto se buscar um estudo sociológico sobre a família.

- O fato de ter sido a criança adotada não modifica os critérios a serem observados para a concessão da guarda, em face do disposto no art. 227, § 6º, da CF, que afasta qualquer discriminação legal sobre a criança.

- Se, no interesse dos filhos, e não na pretensão do pai e da mãe, as provas apontam no sentido de que a criança melhor ficaria com a mãe, a ela deve ser concedida a guarda, ressalvado ao pai o direito de visitação, que também deve ser regulado. ..... **271**

**GUARDA DE MENOR** - É de ser deferido o requerimento de guarda formulado pelo avô, com anuência expressa dos genitores do menor, quando o conjunto probatório dos autos demonstra que o autor tem maiores condições do que os pais de prestar à criança o indispensável auxílio material, especialmente assistência médica e previdenciária, conforme o que está previsto no *caput* do art. 33 da Lei nº 8.069/90, uma vez que o § 2º do referido artigo autoriza a concessão da guarda para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis..... **211**

- H -

*HABEAS CORPUS* - No angusto âmbito do *habeas corpus*, não se admite o exame





aprofundado do material cognitivo. - Tóxico ..... **389**

- O caráter sumariíssimo do *habeas corpus* não permite que nele se proceda a ponderação de fatores subjetivos para se concluir, de antemão, pela existência da autoria, pois a questão exige análise aprofundada das provas, a qual foge do âmbito estreito deste remédio heróico. - Crime hediondo - Flagrante ..... **392**

- No angusto âmbito do *habeas corpus* não é cabível adentrar no mérito da prova. - Prisão em flagrante - Alvará de soltura ..... **396**

*HABEAS CORPUS* **IMPETRADO A FAVOR DE CRIANÇA** - 1. Segundo o acórdão local, "tratando-se de processo cível, em que se postula a regulamentação de visitas do pai à sua filha, menor impúbere, inexistindo qualquer resquício de que possa vir a ocorrer constrangimento ilegal atribuível ao Juízo, como autoridade apontada coatora, relativamente à liberdade de ir e vir da menor-paciente, que não tem capacidade de discernimento, em face de sua tenra idade, defeso é acolher-se a pretensão de se lhe conceder salvo-conduto". Exato o acórdão estadual quanto à inexistência do alegado constrangimento.

2. Além do mais, conforme a opinião do Ministério Público, "em sede de *habeas corpus*, não se pode dar como absoluto, nem o direito do pai à visita, nem o do filho, que não pode ser privado da convivência de seu genitor".

3. No STJ, há precedentes segundo os quais "inteira impropriedade de tal *writ* para atacar a decisão provisória do juízo de família" (R*HC* nº 1.970, *DJ* de 1º/6/92 e *HC* nº 1.048, *DJ* de 11/9/95).

4. Recurso ordinário desprovido. (STJ) ..... **487**

**HIPOTECA LEGAL** - O processo de especialização da hipoteca legal deve ser autuado em separado e apenso aos autos da ação penal e somente após o trânsito em julgado é que deverá ser remetido ao juízo civil para apuração das responsabilidades. - Competência ..... **60**

**HOMICÍDIO** - O agente que, após ser provocado pela vítima, e, de maneira voluntária e covarde, lhe desfere vários golpes de faca, procurando atingi-la em regiões mortais, age com o *animus necandi*, não se podendo falar que excedeu culposamente os limites da legítima defesa. ..... **336**

**HOMICÍDIO DOLOSO** - Tratando-se de crime doloso, é inadmissível a desclassificação da conduta do partícipe para homicídio culposo, pois o crime é indivisível do ponto de vista técnico-jurídico, e, assim sendo, todos que atuam no sentido da sua realização, em maior ou menor intensidade, são pelo delito integralmente responsáveis.

- O simples fato de a namorada do autor do homicídio ter reconhecido e apontado a vítima como a pessoa que os assaltou e a estuprou não é o bastante para mandá-la a julgamento popular por participação naquele delito, sendo de rigor a sua impronúncia, se inexistem nos autos, em grau de necessária e indispensável suficiência, indícios de que seja ela co-autora do crime descrito na denúncia. - Indícios de autoria - Motivo torpe - Qualificadora - Homicídio doloso ..... **446**

**HOMICÍDIO QUALIFICADO** - Para que o réu seja pronunciado por homicí-

dio qualificado, é indispensável que haja um mínimo de base probatória relativamente à incidência das qualificadoras. Sem respaldo na prova dos autos, minimamente que seja, não é possível a pronúncia do acusado com as qualificadoras pedidas na acusação. O contrário seria puro arbítrio, representando nítido abuso de poder. - Motivo torpe - Qualificadora - Prisão em flagrante ..... 452

**HONORÁRIOS DE ADVOGADO** - Tratando-se de honorários de advogados em ação condenátoria julgada extinta, é incabível a aplicação do § 3º do art. 20 do CPC, devendo ser fixados observando-se, obrigatoriamente, a regra do § 4º do art. 20 do mesmo *codex*.

- Ainda que os honorários de advogados tenham sido fixados com orientação ao que prescreve o art. 20, § 4º, do CPC, devem ser reduzidos, quando se revelarem excessivos, especialmente se verificado que a matéria ventilada não demandou maiores esforços das partes. - Câmara municipal ..... 125

- I -

**ICMS** - Havendo pagamento indevido de ICMS por erro de fato, porquanto amparadas as operações pelo manto do benefício fiscal, isenção, diferimento ou base de cálculo reduzida, permite-se a compensação dos valores recolhidos relativos à saída de mercadorias tributadas indevidamente. - Correção monetária ..... 166

- A operação de transporte de mercadorias industrializadas feita entre países cuja saída do produto se inicie em território brasileiro e se finde no exterior não se encontra no âmbito de incidência do ICMS, ante a ausência de expressa regulamentação legal.

- A circulação internacional de produtos industrializados constitui uma operação una e indivisível, não abrangida pela hipótese de incidência do ICMS, não se cindindo, assim, em duas etapas distintas, a primeira, consistente no transporte das mercadorias realizadas entre os Estados da Federação, e a segunda, compreendendo a saída do produto da última cidade brasileira fronteiriça e o porto estrangeiro de destino, pois que o legislador constituinte não fez tal distinção (art. 155, inciso X, alínea *a*, da CF/88). - Sócio-gerente ..... 254

- V. **Repetição de indébito** ..... 291

- A cota de contribuição devida ao IBC, nas exportações de café para o exterior, não pode ser incluída na base de cálculo do ICMS, sob pena de se ferir o artigo 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, que tem eficácia de lei complementar, pois que a expressão valor líquido faturado é o valor da operação internacional de compra e venda de café, ao qual é aplicado o valor mínimo de registro, ou seja, a sua expressão numérica fixada pelo órgão competente. - Exportação de café - Repetição de indébito - Juros moratórios - Petição incial ..... 291

**IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ** - O nosso ordenamento processual penal não consagra o princípio da identidade física do juiz. - Tóxico ..... 359

**ILEGITIMIDADE DE PARTE** - O ex-cônjuge é parte ilegítima para propor ação visando à modificação de cláusula de doação estabelecida no acordo de separação judicial, pretendendo a alienação dos bens doados aos filhos, sem que estes figurem no pólo ativo da ação, eis que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC). ..... 228

**ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO** - Estando o juiz estadual, exercendo função federal, na condução de um processo escrutinatório como juiz eleitoral, está o mesmo no exercício da jurisdição federal, pelo que é o Estado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos morais causados a terceiros, em decorrência de atos praticados por ele, no exercício daquele mister. ..... 218

**IMÓVEL** - V. **Impenhorabilidade**.(STJ) 478

**IMPENHORABILIDADE** - A Lei nº 8.009/90, art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e, como normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data venia*, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ) ..... 478

**INDENIZAÇÃO** - Comprovado o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o referido dano e a atuação estatal, afastada está a impossibilidade jurídica do pedido de indenização. - Inicial - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade civil do Estado - Legitimidade passiva ..... 196

- V. **Ilegitimidade passiva do Estado** ..... 218

- O engano no pedido de indenização firmado em moeda não mais vigente no País à época da propositura da ação não é causa de extinção do processo, visto que possível a sua conversão, a qualquer momento, em moeda de curso forçado, feitos os necessários e correspondentes cálculos, sendo de se negar provimento ao agravo retido que assim pretendia.

- Não sendo impugnados os valores pedidos e estando aqueles comprovados pela documentação, devem os mesmos ser aceitos para fins de condenação, observando-se a conversão monetária e a incidência dos juros legais e da correção monetária. - Responsabilidade civil do Estado ..... 239

**INDÍCIOS DE AUTORIA** - Indícios de autoria não se confundem com mera conjectura; indícios de autoria são sensíveis, reais, ao passo que a conjectura, muitas vezes, se funda em criações da imaginação ou de possíveis antipatias, não provadas, ao contrário do indício, que deve ser necessariamente provado.

- Homicídio doloso - Qualificadora - Motivo torpe ..... 446

**INICIAL** - Não há que se falar em inépcia da inicial e, via de conseqüência, em carência de ação se, malgrado órfã de pedido ao final, seu discurso fora direcionado ao objetivo maior e ao tema central da ação, sem rebuços para tanto, mormente de entendimento, e, ainda, se inexistente a impossibilidade jurídica de se exercitar a pretensão e presente o interesse de agir. - Casamento ..... 156

- Não se decreta inépcia da inicial se inteligível a peça e os fatos nela narrados permitem ao juiz avaliar perfeitamente o pedido. - Indenização - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Legitimidade passiva ..... 196

**INTERDIÇÃO** - Não ofende o artigo 1.183 do CPC o fato de a interdição ser decretada com suporte em laudo do INSS, devendo ser evitado o formalismo diante da situação fática dos autos. - Ministério Público ..... 275

**INTIMAÇÃO PESSOAL** - Se apenas houve a intimação pessoal do réu, não a de seu defensor constituído, não procede a preliminar de intempestividade do recurso. Não basta a publicação da sentença no *Minas Gerais* para que se dê o defensor constituído por intimado. Inobstante o art. 392 do CPP não regular expressamente a matéria, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser necessária também sua intimação pessoal, para assegurar os princípios da ampla defesa e do contraditório. - Tóxico - *Sursis* - Estupro - Legitimidade processual .... 370

**INVENTARIANTE** - Concluído o inventário e homologada a partilha com o seu trânsito em julgado, cessa a comunhão hereditária, desaparecendo a figura do espólio e conseqüentemente a do inventariante, que, por isso, não tem mais legitimidade para atuar em nome daquele. Depois de julgada a partilha, cabe aos herdeiros discutir qualquer questão sobre o direito ou coisa objeto da causa. - Partilha ..... 86

**INVENTÁRIO** - Por força do disposto no art. 984 do CPC, é permitido ao juiz, em processo de inventário, apreciar alegação de nulidade de testamento, decorrente de paternidade reconhecida judicialmente, decidindo se este deverá, ou não, ser cumprido. ..... 88

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE** - A titularidade do direito à ação investigatória de paternidade restringe-se tão-somente ao filho, consoante regra inserta no artigo 363 do Código Civil, recepcionada que fora pela vigente Constituição da República. Aos herdeiros do falecido, a quem cabia o direito de ação da prova da filiação, somente é possível promover a ação se aquele faleceu menor ou incapaz (art. 350 do Código Civil). - Nulidade processual - Coisa julgada material. ..... 112

**IPTU** - É de se excluir do pólo passivo de execução fiscal com suporte em IPTU o proprietário de imóvel invadido por terceiros há mais de vinte anos, porquanto, em tal hipótese, a responsabilidade pelo pagamento do referido imposto é do posseiro-invasor, mormente quando dos autos se tem notícia de que o proprietário, reiteradamente, comunicou aludido fato às autoridades administrativas competentes com pedido de providências, que baldaram em vão. ..... 77

- J -

**JUIZ ELEITORAL** - V. **Ilegitimidade passiva do Estado** ..... 218





**JUROS MORATÓRIOS** - V. **Repetição de indébito** ..... 291

- L -

**LEGÍTIMA DEFESA** - V. **Absolvição sumária** ..... 456

**LEGITIMIDADE DE PARTE** - A pessoa jurídica de direito público é que detém legitimidade para recorrer de sentença concessiva de segurança, mesmo porque é a Fazenda que arcará com os ônus decorrentes da concessão da ordem. - Autoridade coatora - Concessão de serviço público ..... 229

**LEGITIMIDADE PASSIVA** - O serviço público judiciário integra o serviço público do Estado, sendo pois inafastável a legitimidade passiva do mesmo para as ações de responsabilidade civil decorrentes de falha no funcionamento daquele. - Indenização - Inicial - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo ..... 196

**LEGITIMIDADE PROCESSUAL** - A jurisprudência confere legitimidade até a pessoas que, por qualquer motivo, cuidam da vítima, embora inexista a relação de parentesco. - Estupro - Intimação pessoal - *Sursis* - Tóxico ..... 370

**LEI ESTADUAL**
- Nº 6.763, de 1975 ..... 234
- Nº 6.763, de 1975 - art. 55, XIV .....234
- Nº 9.380, de 1986 - art. 70 ..... 137

**LEI FEDERAL**
- Nº 1.060, de 1950 ..... 459
- Nº 1.533, de 1951 ..... 144
- Nº 1.533, de 1951 - art. 1, § 1º ..... 184
- Nº 4.771, de 1965 - art. 26, *a* e *b*, e art. 33 ..... 423
- Nº 6.015, de 1973 - §§ do art. 30 .....512
- Nº 6.015, de 1973 - art. 58 ..... 226
- Nº 6.368, de 1976 - arts. 12 e 16 ..... 324
- Nº 6.368, de 1976 - art. 18, III ..... 359
- Nº6.515, de 1977 - art. 25, parágrafo único, II ..... 222
- Nº 6.830, de 1980 - art. 11, § 1º ..... 99
- Nº 6.830, de 1980 - art. 16, § 1º ..... 170
- Nº 7.115, de 1983 - art. 1º ..... 92
- Nº 7.210, de 1984 - art. 117.... 399/432/461
- Nº 7.210, de 1984 - art. 118, *caput* ..... 434
- Nº 7.210, de 1984 - art. 197 ..... 441
- Nº 7.871, de 1989 ..... 459
- Nº 8.009, de 1990 ..... 478
- Nº 8.069, de 1990 - art. 33, *caput* e § 2º ..... 211
- Nº 8.069, de 1990 - art.121, § 5º ..... 375
- Nº 8.069, de 1990 - art.198, II ..... 151
- Nº 8.069, de 1990 - art.241 ..... 330
- Nº 8.072, de 1990 ..... 346/389/399
- Nº 8.072, de 1990 - art. 1º, VI, e art. 2º ..... 392
- Nº 8.072, de 1990 - art. 2º, II .... 346/389
- Nº 8.072, de 1990 - art. 2º, § 1º ..... 436
- Nº 8.072, de 1990 - art. 10 ..... 389
- Nº 8.212, de 1991 ..... 64
- Nº 8.408, de 1992 ..... 222
- Nº 8.429, de 1992 - art. 7º ..... 84
- Nº 8.437, de 1992 ..... 514
- Nº 8.745, de 1993 ..... 51
- Nº 8.935, de 1994 - art. 39, VI ..... 512
- Nº 9.028, de 1995 ..... 514
- Nº 9.099, de 1995 ..... 513
- Nº 9.271, de 1997 ..... 356
- Nº 9.437, de 1997 - art. 10 ..... 324
- Nº 9.455, de 1997 - art. 1º, § 7º ..... 436
- Nº 9.494, de 1997 ..... 514
- Nº 9.534, de 1997 ..... 281/512
- Nº 9.714, de 1998 ..... 330/346/350/359/399
- Nº 9.796, de 1999 ..... 499
- Nº 9.807, de 1999 ..... 507
- Nº 9.812, de 1999 ..... 512
- Nº 9.839, de 1999 ..... 513

**LESÃO CORPORAL** - V. **Desistência voluntária** ..... 456

**LIBELO** - Não padece de vício capaz de gerar nulidade o libelo, se este descreve os fatos, ainda que de forma sintética,

mas suficiente para demonstrar os elementos essenciais de um homicídio, apontando a vítima, bem como fazendo alusão à autoria e materialidade do delito, ensejando ampla oportunidade de defesa e possibilitando a elaboração do quesito respectivo, em proposição adequada à correta compreensão dos jurados. O simples fato de não determinar ou especificar parcela da realidade fática que motivou a qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima não gera a nulidade, não havendo, pois, preterição de elemento essencial ou descumprimento de formalidade legal. - Pena-base - Estado de necessidade - Decisão contrária à prova dos autos ..... **304**

- Inocorre nulidade do libelo, se este mantém a classificação do delito contido na denúncia, máxime quando nada em sentido diverso está na contrariedade ou na ata da sessão de julgamento. - Pronúncia - Motivo fútil - Apelação - Preclusão ..... **353**

**LIMINAR** - V. **Medida cautelar de suspensão de cobrança tributária** ..... **76**

- Inadimissível a concessão de liminar, em ação civil pública para decretação de indisponibilidade de bens de ex-prefeito, com base no art. 7º da Lei nº 8.429/92, quando os atos inquinados de improbidade administrativa tenham sido praticados antes da vigência da referida lei, eis que é vedada a aplicação da norma a condutas ilícitas cometidas anteriormente à sua edição. - Ação civil pública ..... **84**

**LIVRAMENTO CONDICIONAL** - Revoga-se o livramento condicional na forma do art. 87 do CP, se restar provado que o sentenciado não cumpriu as obrigações legais que foram impostas quando da concessão, demonstrando que não tem ainda condições de conviver no meio social. - Princípio da fungibilidade - Recurso de agravo ..... **441**

**LUCROS CESSANTES** - A apuração dos lucros cessantes deve ser realizada via liquidação de sentença por artigos. - Responsabilidade civil do Estado ..... **199**

- M -

**MAGISTRADO** - O Estado de Minas Gerais é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que visa ao desfazimento de ato efetivado por setores do TJMG, pretendendo-se o abono de faltas de magistrado, para melhor classificação em lista de antigüidade e promoção para entrância intermediária, por ser ato administrativo de competência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo inadmissível o pedido formulado pela via judicial.

- Revela-se impossível o pedido aviado judicialmente, visando à obtenção de vantagens e promoções de magistrados para entrância intermediária, ato que somente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pode conferir e que enseja a observância de vários diplomas legais, dependendo de votação pela Corte Superior, sujeitando-se à recusa por 2/3 de seus membros. - Petição inicial ..... **108**

**MANDADO DE SEGURANÇA** - Reveste-se de ilegalidade e arbitrariedade o ato de prefeito municipal que nega a alguém o direito de comercializar determinado produto, se inexistente lei que o proíba, pouco importando o fato de outros membros da família possuírem licença para tal, ou a circunstância de algum deles se encontrar em débito com a municipalidade. ..... **129**

- É cabível mandado de segurança contra lei tributária produtora de efeitos concretos.

- O gerente da COPASA que esteja na função de agente arrecadador de taxa de esgoto, cuja cobrança se supõe seja inconstitucional, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação mandamental, como litisconsorte necessário, pois é a autoridade que diretamente pratica o ato impugnado considerado lesivo a direito do contribuinte, tendo a sua legitimidade passiva amparada no art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51. - Taxa de esgoto - Petição inicial ..... **184**

- O mandado de segurança não pode funcionar como meio para criação de recursos, nem tampouco submeter a matéria decidida pela CEJA a outro colegiado, quando inexiste previsão própria, sob pena de se substituir o legislador. - Adoção por estrangeiros..... **298**

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO** - Afasta-se do instituto do *mandamus* a pretensão que visa dar caráter genérico à concessão da ordem, de tal forma a abranger e resguardar situações futuras da mesma natureza daquela que ensejara o manejamento da segurança.

- Não há que se falar em receio de lesão a direito líquido e certo do Sr. Prefeito Municipal, nos termos da Lei Específica nº 1.533/51, se sequer fora materializado, e se justo, legítimo e infenso a qualquer arbitrariedade se evidencia o ato do Sr. Presidente da Casa Legislativa que se recusa a receber projeto de lei que inobserva normas do regimento da Câmara Municipal, visto que desatendida pelo impetrante exigência legal que lhe é imposta cumprir.

- Questões *interna corporis* dos Poderes constituídos não são alcançadas pelo *mandamus*, mormente se demonstrado, à saciedade, que em momento algum e sob nenhuma forma arranhado o princípio da legalidade. ..... **144**

**MAUS-TRATOS** - O pai que excede nos castigos corporais, chegando a ponto de provocar a morte de seu filho, responde pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (art. 136, § 2º, do CP), que se configura, precisamente, pela imoderação no *animus corrigendi*. ..... **343**

**MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE COBRANÇA TRIBUTÁRIA** - Não se concede liminar em ação cautelar de suspensão de cobrança de tributo, malgrado o propósito de se evitarem danos de difícil e demorada reparação, se a caução prestada pelo contribuinte como garantia do crédito tributário não se concretiza com o depósito integral e em dinheiro do *quantum debeatur*. - Liminar ..... **76**

**MEDIDA PROVISÓRIA** - Nº 1.906, de 24/9/99 ..... **514**

**MENOR** - Iniciado o procedimento para apuração de ato infracional, sem que tenha o Ministério Público oferecido a remissão, esta não pode ser aplicada pela autoridade judiciária como forma de extinção ou suspensão do processo e a título de arquivamento, devendo o juiz decidir o que se apurou no procedimento especial: ou se aplica uma medida socioe-

ducativa qualquer, ou se aplica a remissão com ou sem aporte de medida socioeducativa, se apurada a responsabilidade do menor, ou, caso contrário, deve-se absolvê-lo. ..... 328

- Quem fotografa menor em cena pornográfica pratica o delito do art. 241 do ECA, o qual não necessita, para sua configuração, do intuito da obtenção de lucro. A consumação ocorre com o simples ato de fotografar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente. - Pena - Prostituição ..... 330

- A medida socioeducativa consistente na internação do menor autor de infrações graves não tem como finalidade puni-lo, mas protegê-lo com vistas à recuperação. Completada a maioridade, de nada adianta a aplicação de tal medida, pois o maior de 21 (vinte um) anos a lei presume ser pessoa já completamente formada em seu caráter, tendo inclusive adquirido uma concepção própria, daí a vedação legal expressa no art. 121, § 5º, do ECA. ..... 375

**MINISTÉRIO PÚBLICO** - A intervenção do Ministério Público nas causas em que figure empresa pública como parte se mostra desnecessária, suprindo qualquer eventual irregularidade o seu regular comparecimento em segundo grau de jurisdição. - Arremetação ..... 214

- A atuação do Ministério Público em segunda instância supre deficiências ocorridas no Juízo de primeiro grau, desde que não haja comprovação do prejuízo. - Interdição ..... 275

**MOTIVO FÚTIL** - Não se admite o afastamento do motivo fútil, se as provas contidas nos autos estão a demonstrar que ao tempo da ação o réu não agira por motivo de ciúme. - Preclusão - Libelo - Pronúncia - Apelação ..... 353

**MOTIVO TORPE** - Não é toda vingança que qualifica o homicídio. Para que seja considerada como motivo torpe, é necessário que esteja ela eivada de torpeza, de conteúdo repugnante ao senso ético. E isto não se dá quando o ato do acusado se determinou pelo fato de achar que foi o ofendido a pessoa que assaltou o seu carro, estuprou sua namorada e, ainda, desferiu tiros contra ele. Não há como considerar que tal atitude seja indicativa de alta imoralidade. O inconformismo com esses fatos pode gerar a vingança, mas não constitui ato de torpeza. - Qualificadora - Homicídio doloso - Indícios de autoria ..... 446

- A vingança, para ser considerada como motivo torpe, deve estar eivada de torpeza, que é o motivo abjeto, repugnante, ignóbil, desprezível, vil e profundamente imoral. E isso não ocorre quando a causa do crime é o ciúme ou o inconformismo da acusada com o rompimento de seu casamento, levando-a a voltar-se contra a amásia de seu ex-marido, tentado matá-la. Tal atitude, embora reprovável, não pode ser considerada torpe em face do sentimento que impulsionou a ré. - Prisão em flagrante - Qualificadora - Homicídio qualificado ..... 452

- N -

**NEGATÓRIA DE PATERNIDADE** - V. **Registro civil** ..... 131

- Tratando-se de ação negatória de paternidade, é competente para sua apreciação e julgamento o Juízo da Vara de Família, e não o da Vara de Registros Públicos, porquanto envolve matéria relativa ao estado das pessoas, visto que relativa à filiação, sendo a alteração do registro civil de nascimento mera conseqüência de eventual acolhimento do pedido inicial. - Competência ..... 296

**NOME** - O acréscimo do sobrenome materno omitido no assento de nascimento, após o nome do pai, por não encontrar qualquer vedação legal, tem sido admitido reiteradamente. ..... 279

**NOTA BIOGRÁFICA** - Desembargador Rubens Eulálio de Souza ..... 03

**NOTA FISCAL** - O transporte de mercadorias com prazo de validade da nota fiscal vencido enseja a aplicação de multa, nos termos dos arts. 55, XIV, da Lei Estadual nº 6.763/75, e 302, II, do RICMS/MG.

- Tratando-se de prazo de validade de nota fiscal em operações relativas a transporte de cigarros, por faltar a estas mercadorias o número de série de fabricação, requisito necessário à possibilidade de sua perfeita identificação, não incide sobre elas a norma do art. 305, II, do Regulamento do ICMS/MG, dispositivo que estatui que os prazos de validade das notas fiscais previstos no art. 302, II, do mesmo diploma legal não se aplicam a mercadorias que podem ser perfeitamente identificáveis. ..... 234

**NOVAÇÃO** - V. **Falência** ..... 258

**NULIDADE** - Inocorrente qualquer resquício de conduta funcional em desrespeito ao direito dos incapazes, não se acolhe preliminar de nulidade fundada na alegação de que o Ministério Público se manifestara contra o incapaz. - Sentença - Alimentos ..... 175

- A ausência de manifestação ministerial, por não acarretar qualquer prejuízo para o recorrente, não tem o condão de nulificar o procedimento. Prejuízo haveria para a parte, sim, se o magistrado, em obediência cega à formalidade, sobrestivesse o andamento do processo, por tempo indeterminado, aguardando a juntada do parecer. - Regime prisional ..... 444

**NULIDADE PROCESSUAL** - É de todo descabida a argüição de nulidade processual à conta da inexistência de despacho saneador e da não-produção de prova pericial requerida, se não alegado o possível prejuízo decorrente das falhas apontadas, mormente quando a causa não fora examinada em seu aspecto meritório. - Investigação de paternidade - Coisa julgada material ..... 112

- O -

**OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA** - V. **Cartório** ..... 248

- P -

**PACTO NUPCIAL** - Não se conhece de pedido de decretação de nulidade de pacto nupcial formulado originariamente em fase recursal sob pena de se suprimir um dos graus de jurisdição e de se inverter a hierarquia das instâncias julgadoras. - Regime de bens - Partilha ..... 193

**PARTILHA** - V. **Inventariante** ..... 86

- A sentença homologatória de partilha realizada nos autos de inventário deve ser anulada quando ficar caracterizado que o inventariante se casou pelo regime da comunhão parcial de bens e, posteriormente, celebrou escritura de pacto nupcial modificando o regime ao qual se submeteu, contrariando o disposto no art. 230 do Código Civil. - Regime de bens - Pacto nupcial ..... 193

- Não se comunicam os bens havidos pela mulher após longa separação de fato do casal (aproximadamente 20 anos). - Precedentes da Quarta Turma - Recurso especial não conhecido (STJ) ..... 467

**PÁTRIO PODER** - Sem a prova do abandono intencional do filho menor pela mãe, não se justifica seja destituída do pátrio poder.

- Não há julgamento *ultra petita* quando o juiz julga improcedente o pedido de destituição do pátrio poder e, via de conseqüência, defere à mãe a guarda do filho de tenra idade, porquanto o que prepondera é o interesse do menor e não a pretensão do pai ou da mãe, já que, em se tratando de direito do menor, o juiz não deve ficar adstrito às formalidades processuais, tendo liberdade de decidir de acordo com os interesses daquele, prevalecentes até sobre a discricionariedade do pai, na titularidade do pátrio poder. ..... 162

**PATRONÍMICO DO MARIDO** - Sendo direito da mulher acrescer-se ao seu nome o do marido, constituindo-se ele um direito de personalidade, como bem da vida, não pode a mulher dele ser privada sem o devido processo legal.

- Se ao ser retirado da mulher o nome de família do ex-marido houver manifesta distinção entre o seu nome e o de seus filhos, justifica-se a manutenção do nome, nos termos do art. 25, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.515/77.

- Passados longos anos de separação fática, período em que a mulher sempre usou o nome adotado, este passa a integrar a sua personalidade, incorporando seu patrimônio jurídico, nada justificando sua exclusão pura e simples, depois de tantos anos, especialmente quando o marido não aponta razões plausíveis a amparar sua pretensão de não permitir o uso do nome. ..... 222

**PENA** - Inexistindo prova de que o réu tenha sido anteriormente condenado, deve ser reconhecida a primariedade e os bons antecedentes para fins de redução da pena, ainda que a culpabilidade seja intensa, não haja boa conduta social e o crime visasse a ganho fácil. - Tóxico ..... 316

- Se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender sempre para o mínimo legal, consoante súmula predominante na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/MG.

- É cabível a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, a teor do art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.714/98, sendo que a ausência de manifestação do juiz sentenciante sobre a possibilidade dessa substituição não impede a concessão do benefício pelo Tribunal, se ao tempo da sentença ainda não vigorava a referida lei. - Prostituição - Menor ..... 330

- A redução da pena operada em seu grau máximo, em virtude do privilégio reconhecido pelos jurados, não impede que a redução, por conta da tentativa, seja feita em patamar inferior ao máximo permitido pela lei, eis que os critérios determinantes de uma e outra causa de diminuição de pena são completamente distintos. ..... 340

- Em face do advento da Lei nº 9.714/98 e estando o processo no juízo *ad quem*, impõe-se a remessa dos autos à instância inferior para a necessária manifestação do juízo *a quo* sobre a substituição ou não da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. - Retroatividade da Lei Penal ..... 350

- À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei nº 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de drogas e, de resto, todos os crimes considerados hediondos, eis que a Lei nº 8.072/90, também de cunho especial, impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. - Prisão albergue domiciliar ..... 399

**PENA-BASE** - Se a pena-base foi fixada dentro dos limites legais para o homicídio qualificado - de 12 (doze) a 30 (trinta) anos -, tendo o sentenciante, para a dosimetria do castigo imposto, levado em consideração os maus antecedentes, a personalidade e a extrema periculosidade do agente, sendo-lhe inteiramente desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há que se falar em exacerbação da pena. - Decisão contrária à prova dos autos - Libelo - Estado de necessidade ..... 304

**PENHORA** - V. **Execução fiscal** ..... 99

**PENSÃO** - O só fato de o neto ser reconhecido como dependente do avô perante a Receita Federal não lhe garante o direito de ser pensionado pelo IPSEMG, se não há prova do reconhecimento da dependência judicialmente, anterior ao pedido da pensão. Ademais, a legislação específica (Lei Estadual nº 9.380/86, art. 70, e Decreto Estadual nº 26.562/87, art. 8º, § 2º) não contempla esse nível de parentesco como suficiente para a concessão do benefício, descabendo ao intérprete distinguir onde o legislador não distingue. ..... 137

**PERÍCIA** - V. **Cobrança** ..... 73

**PETIÇÃO INICIAL** - É inepta e deve ser indeferida de plano a petição inicial que padece de defeitos evidentes, tais como a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade de parte. - Magistrado ..... 108

- Ainda que o pedido não venha instruído com os documentos necessários, não há que se falar em inépcia da inicial por instrução deficiente, se tal providência é tomada pelo autor na fase de emenda da petição a que alude o art. 284 do CPC, sem que venha a constituir nódoa capaz de macular o processo. - Taxa de esgoto - Mandado de segurança .... 184

- V. **Falência** ..... 237

- Se o pedido é juridicamente possível e os seus argumentos foram logicamente expostos, decorrendo perfeita compreensão do que se postula, não há que se falar em inépcia da inicial. - ICMS - Exportação de café - Repetição de indébito - Juros moratórios ..... 291

**PORTE DE ARMA** - O agente que possui arma de fogo, sem registro, ainda que guardada em cofre de segredo e sem estar pronta para uso, comete o delito do art. 10 da Lei nº 9.437/97, na modalidade "ocultar". - Tóxico - *Sursis* processual ..... 324

**PRAZO RECURSAL** - É inaplicável a regra do art. 198, II, do ECA, quanto ao prazo recursal, em se tratando de pedido de guarda de menor em situação regular, visto que na hipótese a matéria é regida pelas normas do Código Civil e do Código de Processo Civil. - Princípio da identidade física do juiz - Guarda de filho ..... 151

**PRECLUSÃO** - O inciso I do artigo 471 do CPC abre exceção à regra traçada no *ca-*

*put*, permitindo expressamente o exame de matéria já decidida, quando se tratar de relação jurídica continuativa, ou quando ocorrer alteração de fato ou de direito, nada impedindo, assim, que o magistrado, embora tenha afastado um determinado pedido antes, venha a considerá-lo à frente, diante de novos elementos, não havendo que se falar, portanto, em casos tais, na ocorrência da preclusão a que alude o *caput* do artigo em comento - Execução fiscal - Penhora ..... 99

- Se a nulidade não é argüida em tempo oportuno, verifica-se a preclusão. - Motivo fútil. - Libelo - Pronúncia - Apelação ..... 353

**PREFEITO** - V. **Crime de responsabilidade** ..... **403/409**

**PRENOME** - O artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) não tem sentido absoluto, mas relativo, permitindo o cancelamento ou alteração do prenome, embora tenha a imutabilidade como regra. Não contendo erro gráfico e nem expondo a parte ao ridículo, não se justifica a pretensão de alteração e cancelamento do prenome. ..... 226

**PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE** - Tratando-se de incidente decidido pelo Juízo da Execução, estando a desafiar, nos termos do art. 197 da LEP, recurso de agravo, e não recurso em sentido estrito, pode aquele ser recebido pela aplicação do princípio da fungibilidade, desde que não se verifique má-fé do recorrente e não se mostre grosseiro o erro na interposição, como na espécie, considerando o contido no art. 581, inciso XII, do CPP. - Livramento condicional - Recurso de agravo ..... 441

**PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ** - Falecido o juiz que presidiu a instrução do feito, não há que se invocar o princípio da identidade física do juiz, como preliminar de nulidade da sentença recorrida, visto que, substituído aquele, cabe ao Juízo sucessor optar entre reprisar as provas já produzidas ou não (art. 132, parágrafo único, do CPC), ao seu exclusivo alvedrio. - Prazo recursal - Guarda de filho ..... 151

I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

II - Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.

III - As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação têm por intuito a agilização da prestação jurisdicional. (STJ) ..... 470

**PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR** - Para a concessão da prisão albergue domiciliar, exige-se que o condenado esteja cumprindo sua pena em regime aberto e se enquadre em uma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execuções Penais. - Pena ..... 399

**PRISÃO CIVIL** - Em sede de *habeas corpus*, a análise da prisão civil restringe-se aos aspectos formais do decreto prisional, cabendo o profundo exame do material probatório no procedimento próprio de primeiro ou segundo grau de jurisdição civil.

- O condicionamento da revogação da prisão civil ao pagamento das últimas seis prestações alimentícias deve ser restringido ao adimplemento das três parcelas mais recentemente vencidas, porquanto, conforme entendimento jurisprudencial, somente estas revestem verdadeiro caráter alimentar. - Alimentos ..... 382

**PRISÃO DOMICILIAR** - A inexistência de casa de albergado não pode impor ao condenado regime mais rigoroso; caso contrário, afrontar-se-á o princípio da legalidade, com flagrante desrespeito do título executório.

- Na falta de local próprio, por analogia e precariamente, recomenda-se a prisão domiciliar, enquanto inexistente o local próprio.

- Condenado um ancião, com 84 anos de idade, à falta de condições para o cumprimento da pena no regime semi-aberto, não constitui heresia alguma o deferimento ao mesmo de uma prisão domiciliar, sob condições ..... 427

- A prisão domiciliar é incompatível com o regime prisional fechado, somente sendo permitida ao preso que cumpra pena em regime aberto (art. 117 da LEP). Se, além disso, resulta demonstrado não estar o condenado acometido de doença grave ou incurável, a concessão da prisão na própria residência caracteriza-se como desvio de execução, a reclamar a revisão da medida. ..... 432

**PRISÃO EM FLAGRANTE** - Reveste-se de ilegalidade a prisão em flagrante, quando ausentes as hipóteses dos quatro incisos do art. 302 do CPP, devendo ser concedida a ordem de *habeas corpus*, ainda que denunciado o paciente pela prática de crime que, por sua hediondez, não enseja a concessão de liberdade provisória. - Alvará de soltura - *Habeas corpus* ..... 396

- Determinada a soltura do réu por sentença, não há que se falar mais em restauração da prisão em flagrante, só podendo ser preso novamente através de decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos legais e comprovada a sua necessidade pela prática de fatos supervenientes. - Motivo torpe - Homicídio qualificado - Qualificadora ..... 452

**PROCEDIMENTO MONITÓRIO** - I - O procedimento monitório, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento.

II - A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102, *a*, do CPC.

III - Não se prestando o contrato de abertura de crédito (cheque especial) à via executiva, conforme decidiu a Segunda Seção, em 09/12/98, por meio dos EREsp nº 108.259-RS, e constituindo documento particular, assinado pelos devedores, bastante a comprovar a existência do débito, mostra-se hábil à utilização do procedimento monitório.

IV - Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma de cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos, previstos no art. 1.102, *c*, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário.

V - Ausente o prequestionamento, torna-se inviável o acesso à instância especial, a teor do Enunciado nº 282 da Súmula/STF. (STJ) ..... 480

**PRONÚNCIA** - Se a pronúncia acolhe os termos da denúncia, destaca a autoria e a materialidade e apresenta fundamentação razoável, obedecendo ao disposto no art. 408 do CPP, não há que se falar em nulidade. - Motivo fútil - Apelação - Libelo - Preclusão ..... 353

- A decisão de pronúncia, ainda que trânsita em julgado, pode sofrer alterações, de ofício, em sua parte não substancial, se evidente o erro material ensejador da liberação do preso, que fora legalmente custodiado. ..... 379

- A pronúncia deve retratar, conquanto de modo resumido, o fato delituoso e as condutas dos acusados, máxime quando diferentes o atuar de cada réu. Se a pronúncia se estender por considerações teóricas, fazendo-se praticamente inexistente quanto às questões de fato, inviabilizando até mesmo o libelo, deve ser anulada, para que outra sentença seja proferida pelo juiz, onde possa surgir a compreensão dos fatos inseridos pelo sentenciante. ..... 450

- Havendo prova da existência do crime e indícios de que o réu seja o autor, impõe-se a prolação da pronúncia, desde que inexista circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu. - Desistência voluntária - Absolvição sumária - Desclassificação do delito - Lesão corporal - Legítima defesa ..... 456

**PROSTITUIÇÃO** - O fato de a vítima já ser corrompida e possuir vida desregrada e libertina, antes dos fatos, não impede a caracterização do delito de favorecimento da prostituição (art. 228 do CP) ..... 318

- Comete o delito do art. 228 do CP o agente que, no interior de seu estabelecimento comercial, permite que mulheres e "travestis" se entreguem ao comércio sexual, ficando incurso nas sanções do § 1º do citado artigo, se o local é freqüentado também por menores, para a mesma finalidade. - Pena - Menor ..... 330

**PROTESTO** - V. **Falência** ..... 260

**PROVA TÉCNICA** - A prova técnica elaborada no inquérito é definitiva, ainda que comporte ou possa comportar prova da mesma natureza.- Desmatamento ..... 423

**PSICOTÉCNICO** - V. **Concurso público** ..... 286

- Q -

**QUALIFICADORA** - É de se reconhecer a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, inciso IV, do CP) quando o agente se aproxima da vítima, de revólver em punho e, repentinamente, lhe desfere tiros mortais.

- Se a qualificadora não se mostra em descompasso com a prova produzida, impossível o seu afastamento da pronúncia, cabendo ao Júri examiná-la. - Homicídio doloso - Motivo torpe - Indícios de autoria ..... 446

- Demonstrado que o agente atacou a vítima pelas costas, colhendo-a de forma inesperada, impossibilitando-lhe a defesa, deve-se pronunciar o réu pela qualificadora da surpresa (art. 121, § 2º, IV, CP), a fim de que o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes contra a vida, decida. - Motivo torpe - Prisão em flagrante - Homicídio qualificado ..... 452

- R -

**RECURSO DE AGRAVO** - V. **Princípio da fungibilidade** ..... 441





**REGIME DE BENS** - A lei civil veda expressamente a mudança do regime de bens adotado à época do matrimônio, e, à míngua de convenção ou sendo nula, vigorará o regime da comunhão parcial de bens, consoante estabelece o art. 258 do Código Civil. - Pacto nupcial - Partilha ..... 193

**REGIME PRISIONAL** - V. **Estado de necessidade** ..... 364

- O disposto no art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal permite a regressão prisional para qualquer dos regimes mais rigorosos, se o condenado praticar fato definido como falta grave, cabendo ao juiz analisar a necessidade da transferência do regime aberto para o fechado, diretamente, tendo em vista as circunstâncias da falta cometida pelo detento e sua situação pessoal. ..... 434

- A Lei nº 9.455/97 não revogou a Lei nº 8.072/90, no que pertine ao cumprimento das penas, não tendo direito à progressão de regime prisional os condenados por crimes considerados hediondos (exceto o de tortura), consoante Súmula nº 49 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG, bem como precedentes do STF e do STJ. ..... 436

- Se consta da sentença que o condenado cumpriria sua pena em regime "fechado", mesmo em se tratando de delito tido como hediondo, não se pode dizer que estaria vedada a possibilidade de progressão do regime prisional, isto porque a execução se faz com base no título executivo judicial, que fixou o regime prisional simplesmente como "fechado", sem dizer, porém, que nesta condição seria "integralmente" cumprida. - Nulidade ..... 444

**REGISTRO CIVIL** - Improcede ação de nulidade de registro público cumulada com negatória de paternidade se dos autos não se vislumbram quaisquer dos vícios que maculam os atos jurídicos em geral, a colocar em dúvida a vontade paterna espontânea e declarada no que tange ao reconhecimento do filho quando da lavratura do registro civil.

- Simples pressão da mãe sobre o pretenso pai, visando induzi-lo a efetivar o registro do filho, não basta para configurar coação com todos os seus requisitos nos termos estabelecidos no art. 98 do Código Civil.

- A alegação da parte de que a recusa da mãe do menor à submissão de exame verificador de paternidade caracteriza má-fé, por si só, não serve para configurá-la, além do que, a má-fé apenas não se encontra prevista como defeito do ato jurídico em si, afigurando-se inócua a pretensão.

- A declaração de paternidade feita quando da lavratura do registro implica o reconhecimento do filho, por haver sido efetuada perante o notário, trazendo implícita a conotação de espontaneidade do ato, com manifestação livre de vontade a ser desconstituída somente pela demonstração cabal e irrefutável da ocorrência de um dos defeitos do ato jurídico legalmente previstos.

- A prova pericial de DNA levada a efeito não tem o condão de ensejar a desconstituição de registo público, invalidando-o, até mesmo porque a validade do referido exame é hodiernamente questionada em face da diversidade de técnicas empregadas em sua execução, cuja averiguação se faz necessária em cada caso concreto, mormente quando aludida prova se mostra isolada nos autos e, portanto, inábil para fundar a decisão do feito, por não se referir diretamente ao objeto do litígio ..... 131

- Conquanto desperte profunda perplexidade a imposição de gratuidade do registro civil de nascimento e óbito, com a emissão da primeira certidão, em favor dos não reconhecidos pobres, pela Lei Federal nº 9.534/97, ante o disposto no *caput* do art. 236 e do seu § 2º, da CF, bem assim no inciso LXXVI, letras *a* e *b*, do art. 5º da mesma Carta Magna, e atendo-se a que o Estado não pode obrigar o particular a prestar serviços gratuitos aos cidadãos não necessitados, sob pena de se caracterizar um regime de escravidão imposto pelo Estado, há que se concluir pela eficácia da Lei nº 9.534/97, de cumprimento obrigatório, até que o STF lhe suspenda a eficácia. ..... **281**

**REPETIÇÃO DE INDÉBITO** - Sendo do autor a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, é parte legítima para postular a repetição dos valores indevidamente pagos.

- Na repetição de indébito, mostrando-se elevados os juros de mora, fixados em 1% (um por cento) ao mês, devem ser reduzidos para 0,5% (meio por cento) ao mês, devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. - Juros moratórios - ICMS - Exportação de café - Petição inicial .... **291**

**REPRESENTAÇÃO** - A representação somente é irretratável depois de oferecida a denúncia. - Trancamento da ação penal - Retratação ..... **388**

**REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES** - A Fazenda Pública deve diligenciar por si mesma, esgotando todos os meios de que dispõe, se deseja obter informações junto ao Banco Central do Brasil sobre contas correntes ou aplicações financeiras em nome do devedor, visando alcançar reforço de garantia em execução fiscal. A requisição de informações via judicial somente é admitida em casos excepcionais e quando comprovado que a exeqüente esgotou todos os esforços possíveis em tal sentido. ..... **70**

**RESOLUÇÃO DA CORTE SUPERIOR DO TJMG** - Nº 17, de 1980 ..... **389**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO** - V. **Tabelião** ..... **79**

- Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distinguindo-se dos demais apenas pela função jurisdicional que realiza, não estando acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar, a ele se aplica a norma do art. 37, § 6º, da Carta Magna. Não sendo prestados com eficiência e eficácia os serviços judiciários, tal fato implica a responsabilização do Estado pelos danos ocasionados à parte, decorrentes de seu mau funcionamento. - Legitimidade passiva - Indenização - Inicial - Teoria do risco administrativo ..... **196**

- O Estado responde objetivamente pelos danos patrimoniais, estéticos e morais ocasionados ao particular por ação de agentes policiais que, no exercício da função, agem com acentuado grau de imprudência, negligência e imperícia, com o que incide a hipótese prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição da República.

- Ainda que se admita que o lesado não tenha ficado totalmente incapacitado para o trabalho, mas tendo sofrido limitações para tanto, deve por elas ser indenizado.

- Devidamente comprovados, mas sendo de pouca monta os danos estéticos e morais, impõe-se a redução do somatório das respectivas indenizações, quando superestimadas. - Lucros cessantes ..... **199**

- Demonstrando o autor o nexo entre a lesão e o ato da Administração, daí emergindo inclusive a culpa pelo evento danoso, cabível é a indenização.





- Nos termos do § 6º do art. 37 da CF, aplicável a teoria do risco administrativo ante a ausência de prova de culpa da parte, bem como de evento tipificador de força maior, devendo-se reconhecer e proclamar a responsabilidade civil objetiva da Administração, ante o nexo causal entre o acidente de trânsito e a falta de serviço na conservação da estrada. - Indenização ..... **239**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA** - Versando a espécie sobre obrigação tributária, são solidários os que se beneficiam do fato gerador da obrigação principal, salvo disposição expressa em contrário.

- A legislação fiscal não destoa da civil, e segundo esta a solidariedade somente decorre da lei ou da vontade das partes.

- Tratando-se de venda de estabelecimento comercial, a responsabilidade do adquirente em relação a débitos fiscais é subsidiária, e não solidária. ..... **154**

**RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO** - A teor do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao erário público são imprescritíveis contra os agentes públicos. - Contas ..... **148**

**RETRATAÇÃO** - Se já fluiu o prazo de decadência, inadmissível é a retratação da retratação. - Trancamento da ação penal - Representação ..... **388**

**RETROATIVIDADE DA LEI PENAL** - A lei penal posterior, quando mais benéfica (*lex mitior*), deve retroagir, ainda que haja coisa julgada. - Pena ..... **350**

- S -

**SENTENÇA** - Não é nula a sentença proferida por juiz convocado para colaborar na vara, com competência fixada pelo TJMG, e não por aquele que participou da instrução processual, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC), desde que a prova produzida na instrução em nada tenha influído na decisão da causa. - Anulatória - Ato administrativo ..... **173**

- O fato de o juiz ratificar o relatório do Ministério Público não produz censura à sentença, nem desfigura o aceite de tal proceder, não podendo a decisão ser acoimada de nula.

- Não há que se falar em nulidade da sentença por falta dos requisitos essenciais exigidos no art. 458, I e II, do CPC, se a sua fundamentação, embora sucinta, é suficiente para não deixar nos autos marcas ou aparência de arbítrio, revelando, ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar. - Nulidade - Alimentos ..... **175**

**SEPARAÇÃO JUDICIAL** - Convencionando as partes, na separação, que a mãe e os filhos continuem a residir em imóvel financiado pertencente ao casal, com responsabilidade do varão pelo pagamento das prestações junto ao agente financeiro até a exaustão da dívida, ocorrendo a quitação, pode ele, a qualquer tempo, pleitear a respectiva divisão e conseqüente extinção condominial, promovendo a alienação judicial do mesmo, mormente quando se tem que ninguém é obrigado a permanecer em condomínio, e a lei, para tanto, fixa o prazo máximo de 5 (cinco) anos (art. 629, parágrafo único, do Código Civil). - Condomínio ..... **243**

**SERVIDÃO ADMINISTRATIVA** - De acordo com a lei de desapropriação,

quem se encontra na posse de imóvel que sofre restrição administrativa pode manejar a defesa que tiver, ficando a indenização a ser paga àquele que provar a propriedade do imóvel objeto da constituição da servidão administrativa.

- A servidão administrativa constitui-se quando o imóvel sofre apenas restrições suficientes para o atendimento à obra pública. Assim sendo, a indenização cabível ao expropriado abrange apenas os prejuízos suportados pelo proprietário relativamente à área do terreno onde se constitui essa servidão. ..... 103

**SÓCIO-GERENTE** - Possuindo os sócios-gerentes a qualidade de devedores solidários, têm os mesmos legitimidade ativa *ad causam* para, isoladamente, ou em conjunto, oferecer embargos à execução, mesmo que a penhora não tenha recaído sobre seus bens. - ICMS ..... 254

**SONEGAÇÃO FISCAL** - Ainda que haja indícios de sonegação fiscal, em face da existência de notas fiscais adulteradas, não há como se averiguar a materialidade do delito, se inexistente a indispensável perícia técnica para se comprovar que os impostos foram recolhidos a menor ou que a empresa se valeu de créditos indevidos do ICMS, beneficiando-se, inconvenientemente, através daquelas adulterações.

- Mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa não faz presumir a responsabilidade dos mesmos por crime de sonegação fiscal, como conseqüência de adulterações de notas fiscais, sendo imprescindível a comprovação de que tais adulterações tenham sido feitas pelos sócios ou diretor, ou com a sua conivência. ..... 322

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA** - Os convênios que regulamentam a substituição tributária relativa às operações que transferem petróleo e seus derivados para outro Estado são constitucionais e legais, firmados em atendimento à norma do § 8º do artigo 34 do ADCT da Carta Federal, contendo regras que definem política tributária objetivando uma melhor e mais correta distribuição do ICMS entre as Unidades da Federação.

- A aplicação dos convênios regulamentadores da substituição tributária relativa às operações de petróleo e seus derivados não afronta o princípio da irretroatividade da lei, porquanto são normas apenas regulamentadoras, sem finalidade de instituir ou aumentar o tributo, o qual já existia nas operações com combustíveis e afins, anteriormente à edição do convênio. ..... 284

**SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAI** - Nº 282 ..... 480

**SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS** - Nº 05 ..... 389
- Nº 49 ..... 436

*SURSIS* - A circunstância de ser crime hediondo não impede a concessão do *sursis*. - Tóxico - Estupro - Legitimidade processual - Intimação pessoal ..... 370

- Tratando-se de *sursis*, deve o juiz da execução, antes de decretar a extinção da punibilidade, verificar se o beneficiário praticou outros crimes no decurso do período probatório, passíveis de resultar na prorrogação ou na revogação do favor legal. E só depois de vencido o prazo probatório é que se pode realizar o levantamento completo do sentenciado, pois, até no último dia do prazo do benefício, é possível que ele venha a perpetrar novo crime. Portanto, é nula a decisão que julga extinta a punibilidade, pelo decurso do prazo probatório, sem o atendimento da diligência requerida pelo Ministério Público, no sentido de serem juntadas a *fac* - folha de antecedentes criminais - e a certidão sobre a existência ou não de novas condenações contra o sentenciado. ..... 430

*SURSIS* **PROCESSUAL** - Não é cabível a suspensão condicional do processo em sede de concurso material quando as penas mínimas cominadas aos crimes excedem o prazo de 1 (um) ano. De outro modo, o criminoso contumaz poderia ter o mesmo tratamento daquele que, por infelicidade, comete um crime. - Porte de arma - Tóxico ..... 324

- T -

**TABELIÃO** - Os serviços notariais, não obstante sejam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, possuem natureza estatal, respondendo o Estado, objetivamente, pelos atos dos tabeliães que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (artigos 37, § 6º, e 236 da CF).

- Firmada a responsabilidade objetiva do Estado por atos de tabeliães que causem danos a terceiros, é o mesmo parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, não sendo correta a decisão que o exclui da relação processual. - Responsabilidade civil do Estado ..... 79

**TAXA DE ESGOTO** - Diante da distinção entre taxa e preço público, que são meios próprios para o custeio de serviços públicos, prevalente há de ser a opção do Poder Público por um ou outro, pelo que a instituição e a cobrança de taxa de esgoto por lei municipal não constituem inconstitucionalidade ou ilegalidade, inexistindo, por isso, qualquer ameaça de violação de direito líquido e certo dos contribuintes, razão pela qual não se pode deferir a segurança pleiteada, ainda que em caráter preventivo. - Mandado de segurança - Petição inicial ..... 184

**TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO** - A área ocupada pelo estabelecimento comercial constitui a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, porquanto, a par de ser constitucional, corresponde perfeitamente a uma base de cálculo própria de taxa, permitindo dimensionar a atuação estatal, atendendo ao caráter de contraprestação do referido tributo. Quanto maior for a área ocupada pela empresa no exercício de suas atividades maior será a atuação municipal na sua fiscalização.

- Não há coincidência entre a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento com a do Imposto Predial e Territorial Urbano, vez que, quanto a este a área é tão-somente um dos vários subelementos utilizados para se determinar o valor venal do imóvel, que é a base de cálculo própria para quantificar o imposto em referência, permitindo auferir a capacidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária.

- Indispensável a efetiva materialização do poder de polícia para o surgimento da obrigação tributária pela renovação da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento. ..... 250

**TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO** - A teoria do risco administrativo,

consagrada em sucessivos documentos constitucionais pátrios a partir da Carta Política de 1946 confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão, fazendo emergir da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima do Estado o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta de serviço público. - Responsabilidade civil do Estado - Legitimidade passiva - Indenização - Inicial ..... **196**

**TOMBAMENTO** - Ocorrendo, pelo tombamento, a redução das faculdades inerentes ao domínio, relativas ao uso, gozo e disposição, pela necessidade de preservação da coisa, com a conseqüente diminuição do seu valor econômico, não se pode afastar o direito do proprietário de ser indenizado, devendo ser invocada, no entanto, a responsabilidade objetiva do Estado, e não a natureza jurídica do tombamento. ..... **116**

**TÓXICO** - Provado que o valor em dinheiro apreendido com o agente é proveniente de mercancia de entorpecente, correto é o seu confisco. - Pena ..... **316**

- Configura o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (tráfico) ter o agente substância entorpecente acondicionada em pequenos pacotes, como a indicar a venda, não se podendo desclassificar o delito para o do art. 16 da referida lei (uso), mesmo porque o fato de possuir a droga, sem autorização legal, por si só, já é o bastante para caracterizar o referido crime. - Porte de arma - *Sursis* processual ..... **324**

- A Lei nº 9.714/98 não se aplica aos crimes hediondos, assim como aos a eles equiparados, especialmente quando o agente revelar conduta altamente censurável, além de acentuada insensibilidade moral a denunciar uma psicopática personalidade, circunstâncias essas que, aliadas às demais mencionadas no art. 44, III, da Lei nº 9.714/98, desaconselham a substituição da pena privativa de liberdade por pena meramente restritiva de direitos.

- Eventual excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não acarreta a nulidade processual. Transposta tal fase, não se pode argumentar com a demora no praticar os atos que a compõem, para, com fundamento nesse retardamento, se reconhecer constrangimento ilegal que autorize a concessão de *habeas corpus*.

- Ao acusado preso em flagrante por crime de tráfico de entorpecente não se pode conferir o direito de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90.

- Para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde ou tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância denunciadora de mercancia. ..... **346**

- Ainda que o réu seja dependente de droga, conforme exame de dependência toxicológica apresentado, tal circunstância não afasta sua imputação no art. 12 da Lei nº 6.368/76, nem mesmo o fato de não ter sido preso no ato da venda, pois a conduta de guardar substância tóxica com finalidade mercantil também configura crime de tráfico.

- Havendo apenas um acordo transitório, simples cooperação entre agentes, sem configuração do liame associativo estável, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, caracterizada fica a majorante do art. 18, III, da Lei de Tóxicos.

- A simples alegação de ser crime hediondo não obsta à substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la.

- Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do CP, com as alterações da Lei nº 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso de crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos. - Identidade física do juiz ..... **359**

- Ainda que esteja o acusado ciente da guarda do tóxico na moradia comum, a simples coabitação com viciado não basta ao reconhecimento de infração penal. - Legitimidade processual - Intimação pessoal - Estupro - *Sursis* ..... **370**

- O crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é insuscetível de liberdade provisória, vedação essa prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, que não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual visa, tão-somente, assegurar ao réu o direito de não ter o seu nome lançado no rol dos culpados, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória.

- A teor da Resolução nº 17/80, da Corte Superior do TJMG, com a alteração da Lei nº 8.072/90 (art. 10), bem como da Súmula nº 05, da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do TJMG, nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas, o prazo para encerramento da instrução criminal é de noventa dias, acrescido de mais quarenta e quatro dias, se houver necessidade de exame toxicológico. Se o paciente está sob custódia aquém desse lapso temporal, não há que se falar em excesso de prazo na formação da culpa, inexistindo constrangimento ilegal sanável pela via do *writ*. - *Habeas corpus* ..... **389**

**TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL** - Se a matéria requer análise mais profunda sobre a prova, não estando evidenciada, de pronto, a inexistência do delito, não é o *habeas corpus* o meio hábil para o trancamento da ação penal. - Denúncia - Crime falimentar ..... **384**

- Ante a falta de condição de procedibilidade, é de se conceder a ordem de *habeas corpus* para o fim de se determinar o trancamento da ação penal. - Retratação - Representação ..... **388**

**TRIBUNAL DO JÚRI** - 1. A presença de dois promotores de justiça na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, ainda que sem designação expressa do Procurador-Geral de Justiça para um deles, não é causa de nulidade absoluta, tampouco resta demonstrada a existência de prejuízo para qualquer das partes, sendo certo que a maioria dos quesitos obteve expressiva votação (7 a 0 e/ou 6 a 1), evidenciando a certeza do Conselho de Sentença na condenação do paciente.

2. Ademais, a teor do disposto no art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades porventura ocorridas em plenário devem ser argüidas logo depois de se verificarem.

3. Ordem denegada. (STJ) ..... **463**

**- U -**

**USUCAPIÃO** - Se o abandono do álveo do rio ocorreu em razão de obras realizadas

pelo Poder Público, não há que se falar em incidência do artigo 26 do Código das Águas, que, prevendo a aquisição de propriedade, pressupõe o abandono do álveo por obra da natureza. O parágrafo único do referido artigo demonstra a ocorrência dessa exegese, na medida em que, prevendo o retorno do rio, deixa evidente que tal fato se dá naturalmente, sobre não cogitar de nenhuma atuação humana. Além do mais, nesse caso, a norma do artigo 27 do estatuto legal em referência exclui a incidência do artigo 26 acima mencionado.

- Ausente a comprovação dos requisitos fáticos estabelecidos pelo artigo 27 do Código das Águas, é de se inacolher pretensão recursal com base nele formulada.

- Não se reconhece a existência de usucapião quando, para tal efeito, não se constata a ocorrência do lapso temporal mínimo definido em lei ..... **121**

**USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO** - É possível o usucapião relativamente ao domínio útil de imóvel foreiro pertecente ao patrimônio público, desde que aquele domínio já se encontre em poder de terceiro particular, por direito de aforamento, permanecendo inalterada a situação da nua propriedade do Poder Público.

- Comprovada a posse mansa e pacífica com o *animus domini*, bem como o tempo previsto em lei, consubstancia-se o usucapião extraordinário ..... **146**

-:::-



IMPRENSA OFICIAL MINAS GERAIS

Av. Augusto de Lima 270 - Centro - Fone: (031) 237-3400

Internet: http://www.iof.mg.gov.br

Reprodução direta dos originais fornecidos pelo encomendante