Criada em 1950, a Revista *Jurisprudência Mineira* veicula decisões selecionadas da mais alta Corte de Justiça de Minas Gerais, tendo como principal objetivo difundir o pensamento jurídico do TJMG.

A partir de 1990, passou a divulgar, devidamente credenciada, decisões do Superior Tribunal de Justiça, privilegiando aquelas relativas à competência recursal do TJMG. Dez anos depois, em 2000 (ano de seu Cinqüentenário), obteve a permissão para publicar, também como repositório autorizado, acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Em 2002, incorporou-se à Escola Judicial Des. Edésio Fernandes-EJEF, tendo sido projetada sua modernização tecnológica (inserção de CD-ROM, contendo legislação codificada) e editorial (novos formato e capa), consolidada em dezembro de 2003.

Além das seções de jurisprudência, a Revista abre espaço a matérias que exponham ou promovam a reflexão acerca de temas relevantes do mundo jurídico, bem como àquelas que contribuam para a preservação da Memória do Judiciário Mineiro.

Importante fonte de consulta para magistrados, assessores jurídicos, advogados, professores e estudantes de Direito, a *Jurisprudência Mineira* coloca-se à disposição de seus usuários e assinantes pelos *e-mails* gedoc@tjmg.gov.br ou cotec@tjmg.gov.br.

EJEF / GEDOC / COTEC

TJMG
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

ESCOLA JUDICIAL
DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES

Vendas: Rua Guajajaras, 40 - 20º andar - CEP: 30.180-100
Tel.: (31) 3247.8742 / 3247.8745

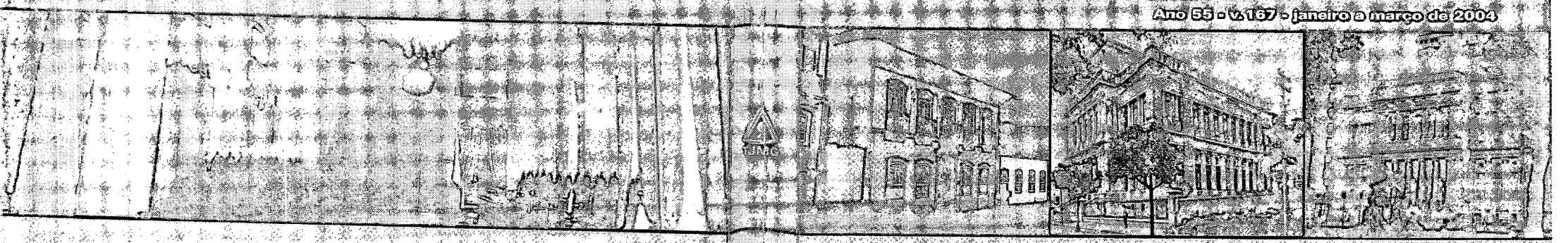
ISSN 0447-1768

Jurisprudência Mineira

167

Ano 55 - v. 167 - janeiro a março de 2004

Jurisprudência Mineira



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

Repositório autorizado de jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Registro nº 16, Portaria nº 12/90.
Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do STJ.

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 55	v. 167	p. 1 - 493	janeiro/março 2004

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Sérgio Antônio de Resende

Superintendente-Adjunta
Des.ª Jane Ribeiro Silva

Diretora-Executiva
Maria Cecília Belo

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Pedro Jorge Fonseca

Assessoria Jurídica
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte

Coordenação de Comunicação Técnica
Eliana Whately Moreira - Coordenadora

Marcélio Nogueira de Oliveira
Maria Célia da Silveira
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Maricelle da Silva Medeiros
Marisa Martins Ferreira
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes
Rua Guajajaras, 40 - 20º andar - Centro - Telefax: (31) 3247- 8746
30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.tjmg.gov.br/ejef - ejef@tjmg.gov.br

Fotos da Capa:
Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza - Sobrado em Ouro Preto onde funcionou o antigo Tribunal da Relação
Palácio da Justiça Rodrigues Campos, sede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Sérgio Faria Daian - Montanhas de Minas Gerais
Rodrigo Albert - Corte Superior do TJMG

Projeto Gráfico: ASCOM/COVIC
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

Enviamos em permuta - Enviamos en canje - Nous envoyons en échange - Inviamo in cambio - We send in exchange - Wir senden in tausch

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Disponível também em CD-ROM.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2004
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador HUGO BENGTSSON JÚNIOR

Segundo Vice-Presidente
Desembargador BADY RAIMUNDO CURI (até 19.02.2004)
Desembargador SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE (a partir de 04.03.2004)

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador ISALINO ROMUALDO DA SILVA LISBÔA

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade em 30.03.2004)

Francisco de Assis **Figueiredo**
Gudesteu Biber Sampaio
Edelberto Léllis **Santiago**
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Hugo Bengtsson Júnior
Orlando Adão de **Carvalho**
Antônio Hélio Silva
Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Kelsen do Prado **Carneiro**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Sérgio Antônio de **Resende**
Armando **Pinheiro Lago**
Roney Oliveira
Nilo **Schalcher Ventura**
Luiz Carlos Biasutti
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim **Herculano Rodrigues**
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Tarcízio de **Almeida Melo**
José Antonino Baía Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Kildare Gonçalves **Carvalho**
Márcia Maria **Milanez** Carneiro
Tibagy Salles Oliveira
Nilson Reis
Dorival Guimarães Pereira
Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
José Altivo **Brandão Teixeira**
José Domingues Ferreira Esteves
Jane Ribeiro **Silva**
Antônio Marcos **Alvim Soares**
Eduardo Guimarães **Andrade**
Antônio Carlos Cruvinel
Fernando Bráulio Ribeiro Terra
Edivaldo George dos Santos
Silas Rodrigues **Vieira**
Wander Paulo **Marotta** Moreira
Sérgio Augusto Fortes **Braga**
Maria Elza de Campos Zettel
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Lamberto de Oliveira **Sant'Anna**
Luiz **Audebert Delage** Filho
Ernane Fidélis dos Santos
José **Nepomuceno** da **Silva**
Celso **Maciel Pereira**
Erony da Silva
Manuel Bravo **Saramago**
Belizário Antônio **de Lacerda**
José **Edgard Penna Amorim** Pereira
José Carlos **Moreira Diniz**
Paulo Cézar Dias
José Luciano **Gouvêa Rios**
Vanessa Verdolin Hudson Andrade
Edilson Olímpio **Fernandes**

Composição de Câmaras e Grupos (em 30.03.2004) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível Terças-feiras - 13h30	**Segunda Câmara Cível** Terças-feiras - 13h30	**Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis** 1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo**) - Horário: 13h30 -
Desembargadores **Orlando** Adão de **Carvalho*** **Eduardo** Guimarães **Andrade** **Geraldo Augusto** de Almeida José Luciano **Gouvêa Rios** **Vanessa Verdolin Hudson Andrade**	Desembargadores **Francisco** de Assis **Figueiredo*** **Nilson Reis** **Jarbas** de Carvalho **Ladeira** Filho José Altivo **Brandão Teixeira** **Caetano Levi Lopes**	

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível Quintas-feiras - 13h30	**Quarta Câmara Cível** Quintas-feiras - 13h30	**Segundo Grupo de Câmaras Cíveis** 1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Nilo **Schalcher Ventura**) - Horário: 13h30 -
Desembargadores Nilo **Schalcher Ventura*** **Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes** **Kildare** Gonçalves **Carvalho** **Lamberto** de Oliveira **Sant'Anna** Celso **Maciel Pereira**	Desembargadores Mário Lúcio **Carreira Machado*** José Tarcizio de **Almeida Melo** **Hyparco** de Vasconcellos **Immesi** Luiz **Audebert Delage** Filho José Carlos **Moreira Diniz**	

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível Quintas-feiras - 13h30	**Sexta Câmara Cível** Segundas-feiras - 13h30	**Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis** 3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. **José Francisco Bueno**) - Horário: 13h30 -
Desembargadores **Cláudio** Renato dos Santos **Costa** **José Francisco Bueno*** **Dorival Guimarães Pereira** **Maria Elza** de Campos Zettel José **Nepomuceno** da **Silva**	Desembargadores **José Domingues Ferreira Esteves*** **Ernane Fidélis** dos Santos **Manuel** Bravo **Saramago** **Edilson** Olímpio **Fernandes**	

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível Terças-feiras - 13h30	**Oitava Câmara Cível** Quintas-feiras - 13h30	**Quarto Grupo de Câmaras Cíveis** 3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Armando **Pinheiro Lago**) - Horário: 13h30 -
Desembargadores Armando **Pinheiro Lago*** Antônio Marcos **Alvim Soares** **Wander** Paulo **Marotta** Moreira **Belizário** Antônio **de Lacerda**	Desembargadores **Roney Oliveira*** **Fernando Bráulio** Ribeiro Terra **Silas** Rodrigues **Vieira** José **Edgard Penna Amorim** Pereira	

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras - 13h30	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras - 13h30	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras - 13h30
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio **Edelberto** Léllis **Santiago** **Márcia** Maria **Milanez** Carneiro **Tibagy Salles** Oliveira* **Sérgio** Augusto Fortes **Braga**	**Luiz Carlos Biasutti** **Reynaldo Ximenes Carneiro*** Joaquim **Herculano Rodrigues** **José Antonino Baía Borges** **Célio César Paduani**	**Kelsen** do Prado **Carneiro*** **Jane** Ribeiro **Silva** **Antônio Carlos Cruvinel** **Erony da Silva** **Paulo Cézar Dias**

** Presidente da Câmara*

Grupo de Câmaras Criminais (2ª segunda-feira do mês) - Horário: 13h30
Primeira, Segunda e Terceira Câmaras, sob a Presidência do Des. **Gudesteu Biber** Sampaio

Conselho da Magistratura (1ª segunda-feira do mês) - Horário: 13h30

Desembargadores

Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** (Presidente) **Hugo Bengtsson** Júnior (Primeiro Vice-Presidente) **Sérgio** Antônio de **Resende** (Segundo Vice-Presidente) **Antônio Hélio Silva** (Terceiro Vice-Presidente)	**Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa** (Corregedor-Geral de Justiça) **Hyparco** de Vasconcellos **Immesi** **Márcia** Maria **Milanez** Carneiro **Nilson Reis**

Corte Superior (2ª e 4ª quartas-feiras do mês) - Horário: 13h30

Desembargadores

Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** **Hugo Bengtsson** Júnior **Sérgio** Antônio de **Resende** **Antônio Hélio Silva** **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa** **Francisco** de Assis **Figueiredo** **Gudesteu Biber** Sampaio **Edelberto** Léllis **Santiago** **Orlando** Adão de **Carvalho** **Cláudio** Renato dos Santos **Costa** **Kelsen** do Prado **Carneiro** Armando **Pinheiro Lago** **Roney Oliveira**	Nilo **Schalcher Ventura** **Luiz Carlos Biasutti** **Reynaldo Ximenes** Carneiro Joaquim **Herculano Rodrigues** Mário Lúcio **Carreira Machado** José Tarcizio de **Almeida Melo** **José Antonino Baía Borges** **Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes** **José Francisco Bueno** **Célio César Paduani** **Kildare** Gonçalves **Carvalho** **Tibagy Salles** Oliveira

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

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Sérgio Antônio de Resende

Superintendente-Adjunta
Des.ª Jane Ribeiro Silva

Comitê Técnico

Des. Sérgio Antônio de Resende

Dr.ª Maria Cecilia Belo

Des.ª Jane Ribeiro Silva

Des.ª Vanessa Verdolin Hudson Andrade

Des. Nilson Reis

Des. Antônio Carlos Cruvinel

Des. Caetano Levi Lopes

Dr.ª Selma Maria Marques

Dr. Pedro Carlos Bitencourt Marcondes

Diretora-Executiva
Maria Cecilia Belo

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Pedro Jorge Fonseca

Assessoria Jurídica
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte

Coordenadora de Comunicação Técnica
Eliana Whately Moreira

Coordenador de Pesquisa e Orientação Técnica
Francisco de Assis Machado

Coordenadora de Documentação e Biblioteca
Denise Maria Ribeiro Moreira

Comissão de Divulgação e Jurisprudência

Desembargadores

Hugo Bengtsson Júnior - Presidente

Eduardo Guimarães Andrade - 1ª Cível

Caetano Levi Lopes - 2ª Cível

Kildare Gonçalves de Carvalho - 3ª Cível

Luiz Audebert Delage Filho - 4ª Cível

Maria Elza de Campos Zettel - 5ª Cível

Ernani Fidélis dos Santos - 6ª Cível

Antônio Marcos Alvim Soares - 7ª Cível

Silas Rodrigues Vieira - 8ª Cível

Sérgio Augusto Fortes Braga - 1ª Criminal

Célio César Paduani - 2ª Criminal

Jane Ribeiro Silva - 3ª Criminal

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador José Antônio Alves de Brito - Nota biográfica 11

Organização Judiciária Colonial Vila do Ribeirão do Carmo - Nota histórica 15

DOUTRINA

Trato legal para o Direito Falimentar brasileiro e sua evolução para o atual paradigma - Dr.ª Márcia de Paoli Balbino 17

NOTAS E COMENTÁRIOS

Discurso de posse na presidência do Tribunal de Justiça Militar - Juiz Coronel Jair Cançado Coutinho 29

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

1 Corte Superior 35

2 Jurisprudência Cível 47

3 Jurisprudência Criminal 327

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 421

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 433

ÍNDICE NUMÉRICO 449

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 453



Desembargador JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE BRITO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota biográfica

Desembargador José Antônio Alves de Brito*

O Desembargador José Antônio Alves de Brito era natural da Província do Rio de Janeiro, onde nasceu a 20 de junho de 1831.

Quando era ainda criança, seus pais transferiram residência para Pernambuco; e, nessa província, o jovem Alves de Brito fez todos os seus preparatórios e bacharelou-se em 1853, pela Faculdade de Direito do Recife.

Em 1855, inicia sua atividade na Magistratura como Juiz Municipal e de Órfãos em Itajubá; em 1860, foi removido para os termos reunidos de Pouso Alegre e Jaguary.

Em 1864, foi nomeado Juiz de Direito de Uberaba, onde permaneceu até 1873, quando foi removido para a Comarca de Piranga, com sede em Mariana.

Em 1879, foi nomeado Chefe de Polícia; mas foi exonerado do cargo, em 11 de março de 1880, pelo então Presidente da Província, Dr. Graciliano A. do Prado Pimentel, por haver-se recusado a demitir, por questões políticas, um oficial de sua repartição.

Na qualidade de Segundo Vice-Presidente da Província de Minas Gerais, assumiu o Governo da Província, que lhe foi passado pelo Dr. Manoel Gomes Ribeiro Horta; e, como Presidente, permaneceu nos anos de 1884 e 1885, respectivamente, durante a 52ª e 53ª legislaturas.

Em 1881, foi distinguido com a Comenda de Oficial da Ordem da Rosa, por serviços prestados na Administração e na Magistratura. Nessa ocasião, recebeu o Desembargador Brito uma notável manifestação popular.

Em 1891, foi nomeado Desembargador da Relação de Ouro Preto, cargo em que se aposentou, tendo presidido essa Casa.

Exerceu diversos outros cargos, foi membro fundador da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto, onde prestou valiosos serviços e, durante muitos anos, atuou como vereador da Câmara Municipal de Ouro Preto, tendo sido seu Presidente.

Faleceu no dia 05 de maio de 1910, em Ouro Preto, tendo sido enterrado no cemitério da Igreja de São Francisco de Assis.

(*) Texto elaborado pela servidora Júnia Diniz, Assessora da Superintendência da Memória do Judiciário Mineiro.

Nota histórica

Organização Judiciária Colonial
Vila do Ribeirão do Carmo

*Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant**

Toda a complexa organização judiciária portuguesa estava assentada nas Ordenações do Reino complementadas por normas extravagantes: Ordenações Manuelinas (1511), Livro I, "Regimento da Magistratura"; Ordenações Filipinas (1609), Livro I, "Da Justiça, da Magistratura e Tribunais".

Existiam vários cargos de magistrados e tribunais de instâncias inferior e superior com competência e alçada distintas. A nomeação do cargo de magistrado era feita diretamente pelo Rei, sendo que, nas vilas e cidades da Colônia, as Câmaras tinham competência para eleger magistrados menores e nomear serventuários.

No âmbito da primeira instância, sobressaíam dois importantes cargos de magistrados com competências idênticas: juiz de dentro e juiz de fora.

O juiz de dentro (cargo instituído em 1532), também designado juiz ordinário, juiz camarário, juiz da vara vermelha, era o magistrado da vila que não fosse sede de comarca. Como o próprio nome indica, era da terra, do lugar e integrante da câmara, eleito indiretamente dentro dos chamados "homens bons". Trienalmente eram eleitos dois juízes de dentro, que se revezavam no mandato de um ano para não prejudicar as atividades particulares. O juiz de dentro era geralmente pessoa leiga e, quando necessitava, contratava pessoa letrada (diplomada em ciências jurídicas) para auxiliar em suas decisões. Como insígnia, portava uma vara de cor vermelha, simbolizando a jurisdição.

O juiz de fora (cargo instituído em 1666), também designado juiz da vara branca, era o magistrado do termo (município) sede da comarca. Como o próprio nome indica, vinha de fora do termo, eis que era nomeado diretamente prelo Rei, por triênio, e imposto ao povo sob pretexto de melhor administrar a justiça. Distinguia-se, assim, do juiz de dentro, eleito pela câmara. O juiz de fora era sempre pessoa letrada (diplomado em ciências jurídicas). Como insígnia, portava uma vara de cor branca, simbolizando a jurisdição.

Das decisões tanto do juiz de dentro quanto das do juiz de fora, cabiam recursos para o ouvidor da capitania, também designado magistrado provincial (cargo instituído em 1534), que tinha competências originária e recursal. E deste para o Tribunal da Relação da Bahia (criado em 1609), ou para o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (criado em 1752), conforme a jurisdição que encampava.

Interessante fato histórico é o provimento do primeiro cargo de juiz de fora da Capitania das Minas Gerais, criada em 1721, com o desmembramento da Capitania de São Paulo.

Em 1726, a Câmara de Vila do Ribeirão do Carmo (atual Cidade de Mariana) representou ao Governador e Capitão-Geral da Capitania das Minas Gerais, Dom Lourenço de Almeida, sobre a necessidade da criação do cargo de juiz de fora, dada a expressiva população da vila e termo, implicando um elevado número de querelas, demandas e crimes, sobrecarregando e dificultando o juiz de dentro, que, por ser leigo, cometia muitos erros e absurdos nos seus despachos e sentenças.

Após muita burocracia, o Rei Dom João V atendeu ao pedido do Governador, e, através do aviso-régio de 29 de março de 1731, foi nomeado o Doutor Antônio Freire de Affonseca Ozório, para ocupar o primeiro cargo de juiz de fora da Capitania das Minas Gerais, conforme o provimento:

(*) Juiz de Direito da Vara Criminal e de Menores da Comarca de Santa Luzia (MG).

Juízes, Vereadores, Procurador, Fidalgos, Cavaleiros, Escudeiros, Homens bons, e Povo da Vila do Carmo. Eu, EL-REY, vos envio muito saudar. Pela confiança que tenho no bacharel Antônio Freire de Affonseca Ozório, fidalgo de Minha Casa, o mando ora por juiz-de-fóra dessa Vila, para nella servir ao dito cargo que Fui servido crear de novo, por tempo de três annos, e alem delles o mais que houver por bem, emquanto lhe não mandar tomar residência na forma da carta que vos apresentará, e na conformidade della lhe dareis posse do dito cargo, de que se lhe passará certidão para enviar a Gaspar Galvão de Castello Branco, escrivão da Minha Comarca, e do despacho da Mesa do Desembargo do Paço. Dada em Lisboa Occidental, aos 20 de fevereiro de 1731 - REY (Cód. 32S.G. do A.P.M., pág. 10-v.).

O juiz de fora nomeado tinha competência nos feitos do cível, do crime e orfanológico e ainda tinha em anexo a função de provedor dos defuntos e ausentes, capelas e resíduos, tudo com recurso para o Ouvidor de Vila Rica do Ouro Preto (atual Cidade de Ouro Preto), que era a cabeça da comarca e principal unidade administrativa da Capitania. O juiz de fora era servido por oficiais menores: dois tabeliães; um escrivão das execuções; um escrivão dos órfãos; um escrivão da provedoria dos ausentes; e um meirinho.

Sucedeu que a Câmara de Vila Rica do Ouro Preto deliberou por bem representar diretamente ao Rei Dom João V sobre a necessidade de criar o segundo cargo de juiz de fora nas Minas Gerais, a fim de facear necessidades da cabeça da Comarca e principal unidade administrativa da rica Capitania. A representação acabou denegada, ao argumento de não ser necessário juiz de fora em Vila Rica do Ouro Preto, porque ali já se fazia assistência do ouvidor, com competência para ação nova e avocação de feitos civeis e criminais, ao contrário da Vila do Ribeirão do Carmo, que era muito povoada e de grande termo.

A Vila do Ribeirão do Carmo por mais de sessenta anos se manteve como a única unidade administrativa de toda a Capitania das Minas Gerais a ter no seu sistema judiciário o cargo régio de juiz de fora.

Portanto, a Cidade de Mariana (topônimo em homenagem à Rainha Dona Maria Anna D'Áustria, mulher do Rei Dom João V), além de ostentar os títulos: de 1ª vila (1711); 1ª cidade (1746); 1º bispado (1748) da Capitania das Minas Gerais, pôde também ostentar o título de ter sido contemplada com o primeiro cargo régio de juiz de fora (1731).

DOUTRINA

Trato legal para o Direito Falimentar brasileiro e sua evolução para o atual paradigma*

*Dr.ª Márcia de Paoli Balbino***

No sistema jurídico atual brasileiro, a característica liquidatória é preponderante no Direito Falimentar, ou seja, a legislação é voltada preponderantemente para a liquidação total da sociedade e para o pagamento a credores, guardando o paradigma da segurança e da proteção dos interesses dos credores, como se verifica do texto do Decreto-lei 7.661, de 1945. Este paradigma foi e vem sendo observado pelo Judiciário nos processos de falências e concordatas que lhes são apresentados, cujo processo consiste na imediata realização dos ativos e liquidação do passivo, raramente ocorrendo a hipótese de soerguimento da sociedade, facultada através da continuação do negócio, autorizada por lei, mas limitada pelas rígidas condições estipuladas na LF, o mesmo ocorrendo com os pedidos de concordata suspensiva, cujas rígidas condições legais de concessão, sempre voltadas para o interesse do credor, nem sempre podem ser atendidas pelo falido.

A razão desta finalidade protetiva do interesse do credor deve-se a fatores históricos, considerados pela doutrina como autênticas fases uniformes desde o surgimento do Direito Comercial em todo o mundo, direito especial praticado e só muito após positivado, criado de maneira a garantir maior segurança para os credores nas relações comerciais, e que devem ser relembradas para melhor compreensão da mudança de paradigmas que na atualidade se verifica, hoje voltado para o interesse social, para o interesse coletivo e econômico da preservação da empresa, e não mais para o interesse individual do credor com a liquidação total da sociedade.

Segundo a doutrina, o Direito Comercial embrionário surgiu conforme usos e costumes, adotados nas práticas cotidianas do mercantilismo por aqueles que se rebelaram e que contribuíram para o fim do Feudalismo, instalando-se em localidades entre feudos, e que passaram a praticar o câmbio, inicialmente para atendimento de suas próprias necessidades, num período em que ainda estava ausente o Estado Nacional, possibilitando que criassem suas próprias regras comerciais, a serem observadas entre tais comerciantes, justificando a doutrina, neste aspecto, a denominação da mencionada fase como "fase especial" do Direito Comercial, por serem regras aplicáveis apenas aos comerciantes.

Posteriormente, numa segunda fase, denominada "fase comum", os burgueses então instalados, com a criação do Estado Nacional, legislaram e também criaram o Direito Comercial positivado, cuja aplicação foi estendida a todos que tinham acesso ao crédito, e não só aos comerciantes, fase em que se criou a Teoria dos Atos de Comércio, como aqueles atos assim enumerados em lei, praticados por quem fosse, e não só como aqueles atos que até então eram praticados por comerciantes.

No Brasil, o Código Comercial, editado em 1850, não conceituou o comerciante e também adotou a Teoria dos Atos de Comércio, enumerando alguns atos que foram complementados através de regulamentos, considerando como atos de comércio aqueles previstos em norma estatal, cuja legislação também teve por finalidade a proteção e a segurança dos credores, porque ainda centrada no crédito, como elemento que ampliaria a oportunidade de comércio para todos, surgindo nesta fase os títulos de crédito e as regras para circulação dos mesmos.

Numa terceira fase histórica do Direito Comercial em todo o mundo, embora não tão delimitada, que é a fase atual, verifica-se uma mudança importante de paradigma, segundo a doutrina, porquanto agora voltada não mais e apenas para o interesse individual do credor ou para a proteção do crédito e das relações privadas entre

(*) Palestra proferida no seminário "Reforma da Lei de Falências", IAMG/UFMG, 28.10.2003, Belo Horizonte (MG).
(**) Juíza de Direito da Primeira Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte, de 1993 a 2004. Atual Juíza da Nona Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

comerciantes, mas voltado preponderantemente para o interesse social que encerra a prática da atividade empresarial, verificando-se o interesse pela preservação da empresa. Em princípio, abandonou-se a limitada Teoria dos Atos de Comércio, ganhando relevância a atividade empresária, que inclusive abrange outras categorias delas exercentes, e não só a categoria dos comerciantes.

Nas relações contemporâneas globalizadas e complexas entre indivíduos, sociedades e nações, não mais se verifica exclusiva preocupação com o câmbio, com o crédito ou com os mercados, mas também e especialmente com a função social relevante da atividade empresária, porque participe indispensável na complexa engrenagem econômica nacional, atividade empresária de que hoje se exigem, em todo Estado Democrático de Direito, a ética e a responsabilidade sociais, enquanto geradora de empregos e de riquezas como meio de desenvolvimento de um povo, enquanto geradora de tributos como meio de implemento das políticas públicas, sociais e econômicas das nações, e que por isso deve merecer trato legislativo adequado à nova realidade e às novas exigências e valores sociais, de forma a assegurar a preservação da atividade empresária, também a bem do próprio interesse do empresário.

O Direito Empresarial no Brasil surgiu inicialmente em 1988, com a inserção do *princípio da preservação da empresa* na nova Constituição da República. Tal princípio mudou a ênfase do ato de comércio para a atividade empresária e passou a influenciar as decisões do Judiciário, possibilitando a relativização do rigor normativo existente, como hoje se verifica por construção jurisprudencial, a exemplo da possibilidade do processamento da concordata preventiva de uma sociedade, mesmo que tenha protestos, antes vedado, e, desde que protestos tirados em data, volume e valor que não revele inequívoca insolvência, assente na Súmula 190 do STF, a exemplo, também, da possibilidade de concessão de prazos, desde que razoáveis, após a distribuição da concordata preventiva, inexistentes na lei vigente, que inclusive veda e prevê sanção ao que provocar a paralisação de tais processos, para que a impetrante possa complementar os documentos exigidos pelo art. 159, e ainda, a exemplo da oportunidade que tem sido dada para o depósito elidente da declaração de falência, mesmo após vencido o prazo legal rígido de 24 h da citação, e até enquanto não transitada em julgado a sentença declaratória de falência, ou seja, mesmo durante o processamento do recurso, como visto em alguns avançados julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, tudo de forma a possibilitar a tão buscada preservação da atividade empresária.

Dos foros e tribunais podem ser extraídos inúmeros exemplos da visível relativação dos dogmas rígidos que antes informavam o Direito Comercial, mas que ainda representam apenas um norte para o julgador, dando ensejo a interpretações subjetivas divergentes e à insegurança jurídica para todos os envolvidos com o instituto, porque ainda inexistentes regras claras dos limites de aplicação do *princípio da preservação da empresa*, situação que perdurará no Brasil enquanto viger a atual Lei de Falências - Decreto-lei 7.661, de 1945, diante de sua finalidade preponderante, que é a da liquidação total da sociedade pelo interesse individual do credor, desejoso do recebimento de seu crédito.

Fato novo no Brasil, todavia, que contribuirá para a solução das exigências e valores sociais atuais, já verificadas em outras nações, e que possibilitará a adequação das demais normas existentes relativas ao antigo Direito Comercial, de forma a dar efetividade e maior amplitude ao *princípio da preservação da empresa*, foi a vigência do novo Código Civil em janeiro de 2003, inspirado no Código Civil italiano, caracterizado pela unificação, embora não total, do Direito Civil e do Direito Comercial, e pela preocupação com a atividade econômica, sua preservação, e não apenas com as atividades dos então comerciantes.

Com o atual Código Civil brasileiro, conquanto haja regras comuns que sinalizam um primeiro passo para total unificação, a unificação dos dois ramos do Direito no País foi apenas parcial, pois, embora tenha revogado o Código Comercial, ainda restaram fora de seu texto, e em vigência, todas as normas especiais relativas aos títulos de crédito (cheque, duplicata, letra de câmbio), assim como a Lei das Sociedades Anônimas (6.404, de 1976), a Lei de Falências e Concordatas (Decreto-lei 7.661, de 1945) e a lei que trata da falência das instituições financeiras e equiparadas (Lei 6.024, de 1974).

De toda a forma, com a revogação do Código Comercial, e a partir da vigência do atual Código Civil, que não mais trata dos atos de comércio, mas exclusivamente da atividade empresária, como sendo aquela atividade econômica caracterizada pelo exercício profissional, de forma organizada, de produção e circulação de bens e também de serviços, nasce positiva expectativa entre os profissionais do Direito, acerca da possível extensão,

especialmente no que se refere aos benefícios, da lei de falências às novas formas societárias, ou seja, benefícios para todas aquelas sociedades que agora estejam definidas como exercentes de atividade econômica, incluídas no conceito de sociedade empresária, sendo esta a atual expectativa também da classe empresária, mas que só poderá ser implementada, se atentar-se, após necessária reforma da atual Lei de Falências, como adiante exposto.

A assertiva antecedente sustento proceder, tendo em vista que, conforme a atual Lei de Falências, Decreto-lei 7.661, de 1945, cuja interpretação deve ser restritiva, assim como a autêntica sanção que constitui a declaração da falência e a conseqüente liquidação total da sociedade para o mau comerciante, mesmo com a vigência do novo Código Civil, o instituto da falência vigente ainda só será aplicado às categorias profissionais de comerciantes, ou seja, continuará a ser aplicada, assim deve ser entendido, somente àquele que pratica ato de comércio com habitualidade, porque assim a Lei de Falências vigente, Decreto-lei 7.661, de 1945, prevê expressamente, não podendo ser aplicada ao prestador de serviço.

De outro lado, e como a norma não pode ser entendida como aplicável a certas categorias profissionais apenas parcialmente de acordo com suas conveniências momentâneas, ou seja, só no que toca às sanções, ou só no que toca aos escolhidos benefícios, também deve ser entendido que o benefício da concordata não estará disponível para as sociedades empresárias de prestação de serviços, como agora abrangidas no novo Código Civil, tampouco estará disponível para as novas sociedades simples previstas no novo Código Civil (destinadas em princípio à atividade científica, intelectual, artística e cultural), mesmo que adotem uma das formas das sociedades empresárias enumeradas, como permite o novo Código Civil, restando aplicável a vigente Lei de Falências, Decreto-lei 7.661, de 1945, assim deve ser entendido, apenas aos que praticam atos de comércio, não conceituados por lei, mas que, pela conceituação do que seja comerciante, contida no Código Comercial que ainda deverá ser adotado neste aspecto quando do necessário exame do objetivo social da sociedade, conforme art. 4°, são aqueles tidos como exercentes da mercancia de forma profissional e com habitualidade, sendo ainda necessário ao julgador o socorro ao Código Comercial e ao Regulamento 737, de 1980, que enumeram os atos de mercancia.

Se o profissional do Direito vier a aplicar, eventualmente, a ainda vigente Lei de Falências às novas formas societárias criadas pelo novo Código Civil, estará dando, com toda a venia, interpretação extensiva ao instituto, não permitida e portanto equivocada, certamente com afronta ao princípio maior da preservação da empresa, porque se estaria ampliando a aplicação da rigorosa Lei de Falências para aquelas sociedades de prestação de serviço, antes não sujeitas ao instituto falimentar. O mesmo se observa quanto à concordata, que não poderá ser concedida às sociedades empresárias prestadoras de serviço, porquanto não sujeitas a uma eventual declaração de falência, caso haja descumprimento da concordata concedida, nem sujeitos, seus administradores, aos enumerados crimes falimentares.

Portanto, e concluindo, se considerarmos o novo paradigma do Direito Empresarial, voltado para o interesse social da atividade empresária, e o novo pensamento comum de que não mais se admite a preocupação legislativa contida na vigente Lei de Falências, exclusivamente voltada para o interesse individual do credor ao recebimento de seu crédito, conclui-se que é urgente no País uma nova lei que regule o Direito Falimentar, que guarde as novas exigências e valores sociais, que seja voltada para a proteção do interesse social e para a função social de toda atividade empresária, e não só da atividade comercial.

Com toda propriedade e oportunidade, tais exigências e expectativas sociais foram abraçadas por proposta de norma infraconstitucional, externada com a recentemente aprovação do Projeto de Lei n° 4.376, projeto que veio privilegiar e acolher o *princípio da preservação da empresa* contido na Constituição, que afasta a característica liquidatória do processo falimentar e que garante a preservação de todas as atividades empresariais que enumera, municiando o empresário com os novos institutos, benéficos e promissores, da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial de empresas, prevendo, já em seu primeiro artigo, sua aplicabilidade às sociedades empresárias, às sociedades simples, com as exceções que claramente enumera, e também ao empresário individual, ou seja, todos que exerçam profissionalmente atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens e também de serviços.

A clareza do Projeto de Lei 4.376, se resultar em lei vigente, cuja providência é urgente pelos motivos já expostos, espancará qualquer dúvida de interpretação e de aplicação para o profissional do direito.Se mantida a redação atual do projeto, atualmente já em tramitação no Senado Federal, a nova lei a ser aprovada permitirá benefícios a um número maior de sociedades empresárias, para as de serviço ou para as anteriormente denomi-

nadas como do comércio, autêntico fôlego ao empresário honesto que se encontrar em situação de momentâneo desequilíbrio financeiro, que poderá pleitear a recuperação da empresa mesmo após a declaração da falência, e independentemente da constatação de eventual crime falimentar, como adiante se expõe.

Portanto, nestes longos mais de dez anos de efetiva atuação na 1ª Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte como Juíza titular, nas incontáveis audiências realizadas com a obrigatória oitiva de falidos, e em audiências ou reuniões com seus especializados advogados, e ainda em audiências com os síndicos nomeados para a administração das massas falidas, sempre afirmei que, com o trânsito em julgado da sentença em que declarava a falência, dar-se-ia início à imediata execução coletiva, que hoje consiste, unicamente, na reunião e venda dos bens da sociedade, para célere pagamento dos credores, estes cujo interesse o legislador buscou garantir, encerrando-se o processo falimentar tão logo houvesse decisão de recebimento ou não de denúncia do Ministério Público no inquérito obrigatoriamente instaurado para apuração de crime falimentar, e após os pagamentos dos créditos e a apresentação do relatório final pelo síndico, com concomitante apresentação de suas contas, como eram exigidas. Nisso resume-se, sinteticamente, o processo falimentar atual no Brasil, ou seja, de célere liquidação total da sociedade.

Também o processo da concordata no Brasil, conquanto consista em moratória concedida ao devedor para que honre seus compromissos com alguma folga de prazo, ao mesmo tempo guarda as mesmas características e finalidades de proteção histórica dos interesses do credor, além de várias classes de credores não se sujeitarem à moratória em razão de lei, tais como os créditos trabalhistas, os créditos fiscais e os créditos com garantia real, fator que prejudica enormemente o instituto, segundo estatísticas levantadas em nossa longa vivência nas Varas de Falências e Concordatas, pois frustra, com raras exceções, o cumprimento das obrigações pelos concordatários, levando-os à inevitável convolação da concordata em falência e à imediata liquidação total da sociedade.

A não ser o crédito trabalhista, pela óbvia característica de sua imediata necessidade para o indivíduo, da imediata necessidade humana de acesso ao salário como elemento indispensável à sua vida, à sua subsistência própria e à sua dignidade, que conta, portanto, com a garantia da prioridade absoluta e conseqüente exclusão dos efeitos da concordata, não vejo razão para o trato legal atual idêntico, como se também de iminência absoluta, para os créditos tributários e créditos com garantia real, também excluídos dos efeitos da concordata .

Ademais, mesmo o crédito trabalhista poderia estar, sim, incluído nos efeitos da concordata, porquanto inegável a necessidade de acesso ao próprio emprego, para que se garanta acesso ao salário, que isoladamente se buscou proteger até agora, e desde que o pagamento do crédito salarial, garantido o emprego, ocorra em prazo razoável e com prioridade, em razão de sua natureza alimentar.

Portanto, reafirmo o entendimento pessoal de que é indispensável e urgente a vigência de uma nova lei de falências que guarde esta nova ordem social.

Se o Projeto de Lei 4.376, da nova lei de falências, for transformado em lei vigente no País, profundas modificações no processo de falência e no escopo do instituto serão verificadas, possibilitando novo e importante passo para unificação do Direito Civil com o Comercial em nossa economia globalizada, estendendo direitos e benefícios para um número maior de empresários, dando-se prioridade à preservação de suas atividades, como verdadeiros parceiros indispensáveis do Estado na implementação de políticas públicas e sociais, ainda assim estabelecendo-se idêntica ou até maior garantia indireta aos credores, porquanto minimizados os riscos do empreendimento.

Lado outro, o trato processual dualista brasileiro, para a liquidação das sociedades comerciais segundo ditames da LF vigente e outro para as sociedades civis segundo ditames do CPC, ainda existente na atualidade, que será verificado enquanto estiver vigente o Decreto-lei 7.661, de 1945, porque este só se refere ao comerciante, como já exposto, ou seja, aplicável somente àquele que pratica ato de comércio com habitualidade, que há muito vigora como marco do postulado da prevalência do interesse individual, da liberdade do comerciante no exercício da atividade mercantil e do interesse individual do credor - que pode até pretender extinguir um pólo econômico para forçar o recebimento de seu crédito -, este dualismo indesejado só será cessado, como acima exposto, para o bem do interesse social e coletivo, para o bem do interesse econômico global atual, com real e efetiva absorção pela lei infraconstitucional do *princípio da preservação da empresa* contido na Constituição da

República, com a urgente e necessária modificação da atual Lei de Falências, para vigorar, esperava-se, já a partir de janeiro de 2004, quando as empresas deverão estar adaptadas às novas formas societárias enumeradas no novo Código Civil, e que agora também são expressamente referidas no Projeto 4.376 da nova lei de falências, nova lei que possibilitará a unificação do instituto da falência e da recuperação da empresa e que esvaziará o instituto da insolvência civil, a vigorar apenas para empresas que ainda não se sujeitarem à falência ou que não puderem beneficiar-se do instituto da recuperação.

O Projeto 4.376 da nova Lei de Falências

Além do benefício processual que a unificação, quase que total, do instituto da liquidação trará, afastando-se também as dúvidas quanto à incidência de normas para as novas formas societárias previstas, além de estender o benefício da recuperação da empresa para um número maior de atividades empresariais, como até aqui exposto, passo a enumerar e a comentar algumas das *inovações* introduzidas pelo Projeto de Lei 4.376, da nova Lei de Falências, comparadas com a Lei de Falências vigente:

1 Quanto ao sujeito passivo da falência

Já no artigo primeiro do projeto verifica-se que a nova lei de falências será aplicada também aos tipos societários antes conhecidos como sociedades civis, sociedades de prestação de serviços, estejam sob a forma de sociedade empresária ou sob a forma de sociedade simples, salvo as exceções também previstas.

2 Quanto à ampliação da competência das varas de falências

Na prática, segundo o projeto, as Varas de Falências terão enormemente aumentado o volume de feitos a serem processados e suas competências, porquanto restarão quase que totalmente esvaziadas as hipóteses de incidência do instituto da insolvência civil previsto no CPC, exigindo-se, desta forma, uma melhoria de infra-estrutura material e pessoal das Varas de Falências e Concordatas, exigindo-se também um maior números de profissionais a serem nomeados pelo juiz como administradores judiciais, antiga figura do síndico, e ainda um maior número de juízes, que analisarão os casos com a celeridade que o projeto de lei prevê, estando também mantida a participação obrigatória do Ministério Público em cada um destes feitos, a quem inclusive foi conferida legitimidade ativa não só para a ação de responsabilização dos sócios em todos os casos, mas também para a impugnação de créditos e para a ação revocatória, considerando-se o inegável interesse público e social que tais ações envolvem, havendo autorização constitucional que dá suporte a tal legitimação, aliás, conforme redação do art. 127 da Constituição da República, quando trata das ações de interesse social, podendo o Ministério Público também atuar como assistente, tal como igualmente permitido ao devedor, nas ações em que a massa falida for parte.

3 Quanto à competência propriamente dita do juízo falimentar

As regras de competência do Juízo Falimentar não se alteraram em princípio, estando mantido o critério da competência segundo o principal estabelecimento do empresário, o critério da prevenção do Juízo para ações contra o mesmo devedor, assim como as mesmas ressalvas para as ações em que o devedor figurar como autor e litisconsorte ativo, ou para ações que envolvam direitos ilíquidos, que continuarão a ser processadas no Juízo comum de origem, com a participação obrigatória do administrador judicial.

4 Quanto às hipóteses de declaração de falência no projeto

Conforme arts. 81 e seguintes do projeto, a declaração da falência só será possível:

- Em primeiro lugar, por requerimento do credor munido de título executivo protestado, mas cujo protesto seja de até 90 dias, a partir do qual restará o protesto sem efeito para fins de pedido de falência, e cujo título seja de valor originário igual ou superior a 40 salários mínimos, conforme inciso I do art. 81, restando limitada, portanto, a ação pelo credor.

- Em segundo lugar, por requerimento do credor que promoveu execução de dívida líquida e certa, não obtendo pagamento nem oferta de bens à penhora, conforme inciso II do art. 81. Aqui a regra é a mesma da lei

vigente, não se exigindo protesto, mas limitada a ação para créditos de valor originário igual ou superior a 40 salários mínimos, conforme art. 86, parágrafo único, também não havendo distinção quanto à qualidade do credor, o que possibilita à Fazenda Pública continuar a requerer falência com base em tal dispositivo, cuja possibilidade tivemos a oportunidade de sustentar, nos poucos casos em que a Fazenda Pública Estadual ingressou no Juízo Falimentar com fundamento na execução fiscal não satisfeita (casos das falências declaradas por sentença em desfavor de Divina Decadência Ltda.).

- Em terceiro lugar, por requerimento do credor que comprovar a ocorrência das hipóteses de presumida insolvência, conforme letras *a* até *f* do inciso III do art. 81, também sem exigência de protesto, mas limitada a ação, assim deve ser entendido, à existência de crédito do autor em valor igual ou superior a 40 salários mínimos, conforme art. 87, parágrafo único, do projeto, porque perfeitamente possível ao legislador criar tal limite para as ações de falência, inteiramente compatível com o escopo atual do processo falimentar.

- Em quarto lugar pelo próprio devedor que vier a confessar o estado falimentar, conforme art. 84, inciso I, e arts. 107 a 110 do projeto.

- Em quinto lugar, a falência declarada de ofício pelo juiz, no caso de convolação em falência ou de rescisão, da recuperação judicial anteriormente processada ou anteriormente aprovada por sentença, respectivamente, conforme art. 55, § 4º, e art. 57, § 3º, do projeto.

- Por fim, a requerimento do liquidante nomeado pelo Banco Central, nos casos de liquidação das instituições financeiras e equiparadas, hipótese expressamente prevista no art. 2º do projeto, e que continuará a ser regulada pela Lei 6.024, de 1974, ante a ausência de norma nova que tenha passado a regular aquele instituto.

5-a O processo de falência no projeto

- A citação tornou-se obrigatória para o representante da empresa e, concomitantemente, para o sócio solidário ilimitadamente responsável e também para o sócio que se retirou ou que tenha sido excluído há menos de dois anos, se referente a dívida contraída no período em que este compunha a sociedade, conforme art.105. O prazo de defesa em todo pedido de falência passa de 24h para 05 dias, podendo ser concedidos outros 10 dias para a prova das alegações, estando as matérias de defesa enumeradas taxativamente no art. 83 do projeto. O depósito elisivo, no prazo de defesa, continua assegurado, agora para todos os tipos de pedido de falência, tendo em vista que o projeto não faz nenhuma distinção. A citação por edital continua prevista para o devedor que simplesmente não for encontrado, aplicando-se aos prazos do edital aqueles previstos no CPC, tendo em vista que o projeto não os fixou, passando a ser exigível, em caso de revelia, também a nomeação de curador especial para qualquer tipo de pedido de falência, diferentemente da lei vigente, cuja nomeação só se dava quando o pedido estivesse embasado no art. 2º do Decreto-lei 7.661, de 1945.

5-b Quanto ao processo após sentença declaratória da falência

A sentença de declaração da falência contará, conforme projeto, com novas determinações em sua parte dispositiva, sendo novidade a convocação dos credores no edital da sentença, para que, em assembléia previamente convocada, elejam um comitê que os representará, podendo o comitê deliberar, também em assembléia e mediante *quorum* exigido, quanto a formas outras de realização de ativo além daquelas previstas, e deliberar quanto à aprovação de proposta de recuperação judicial que o falido venha a apresentar após a declaração da falência.

Na sentença será nomeado o administrador judicial, antiga figura do síndico, que administrará a massa falida com o auxílio e a fiscalização do referido comitê, sem prejuízo da fiscalização pelo Ministério Público.

Do projeto não consta, mas o juiz deverá mandar abrir livro de registro de ata das assembléias que serão realizadas no curso do processo, que poderá ser um só para todas as falidas, e organizado de acordo com a cronologia das assembléias de credores.

A fixação do termo da quebra passa a observar os 90 dias que antecedem a data do primeiro protesto ou, conforme o caso, a data da confissão de falência, da distribuição da falência por credores por execução não satisfeita

ou por atos de presumida insolvência, ou a contar da distribuição da recuperação judicial. O termo da quebra passa a poder ser modificado em até dois anos do trânsito em julgado da sentença de falência. A comunicação da sentença de falência passa obrigatoriamente a ser dirigida para a Junta Comercial local e para as Juntas de todos os Estados do País.

No processo de falência, terminologia que foi mantida, os atos iniciais do escrivão, de comunicação, intimação e de publicação da sentença de falência são os mesmos da lei vigente e deverão ser praticados em até 05 dias, prazo este que foi dilargado.

Os atos iniciais que incumbirão aos falidos são os mesmos da legislação vigente, de declarações obrigatórias em audiência mediante termo, de entrega de bens, livros, documentos e da indispensável relação de credores (relação que agora passa a ter grande importância porque constará do edital de publicação da sentença de falência, para obrigatória convocação de assembléia destes credores, no mesmo edital inicial, visando à eleição do comitê que atuará juntamente com o administrador judicial, assembléia que também deliberará quanto a aprovação de eventual proposta de recuperação da empresa). Tais atos iniciais do devedor deverão ser praticados em até 05 dias, prazo este que também foi dilargado. Para o descumprimento, não mais está prevista expressamente a prisão, mas somente a responsabilização pelo crime de desobediência.

Os atos iniciais do administrador judicial consistem nos mesmos atualmente previstos para o síndico nomeado.

O primeiro relatório do administrador, que conterá exposição circunstanciada das causas da falência, destinado à apuração de crime falimentar, e previsto no art. 191 do projeto, será apresentado em 45 dias, prorrogáveis por outros 45 dias se necessário. Se constatada a prática de crime falimentar, o devedor que tenha requerido a recuperação judicial não poderá continuar à frente da empresa e será substituído por administrador que for eleito pelo comitê de credores em assembléia.

A arrecadação, conforme art. 111, passa a ser realizada pelo administrador, juntamente com um oficial de justiça, um perito avaliador e o Ministério Público, lavrando-se auto circunstanciado. A venda antecipada dos bens passa a ser regra, conforme art. 152, salvo se houver requerimento de recuperação judicial da empresa.

Decidido o inquérito, vendidos os bens com obrigatória aplicação em fundo de investimento composto majoritariamente por títulos da dívida pública federal e publicado o QGC-Quadro Geral de Credores, caso não haja pedido de recuperação judicial da empresa, dão-se os pagamentos na ordem que será adiante mencionada, com apresentação do relatório final do administrador judicial e de sua prestação de contas, em procedimento idêntico ao atualmente previsto, com algumas modificações quanto a ordem e prazos. O art. 106, § 7º, do projeto passa a exigir o encerramento da falência em no máximo 04 anos, pena de responsabilidade dos responsáveis, civil e criminal, a ser apurada em ação do Ministério Público.

O processo para microempresas, empresas de pequeno porte, no projeto, é sumário e está regulado nos arts. 177 e seguintes, para a falência e para a recuperação judicial, sendo que procedimento semelhante consta do texto do projeto, para a falência do devedor que não possuir bens.

6 Extinção de obrigações e pedido de reabilitação

A ação de extinção de obrigações do devedor está prevista no art. 167 do projeto e é tratada, quanto ao processo e condições, da mesma forma como foi tratada na lei vigente. A sentença, todavia, não mais declara a respectiva reabilitação civil de ofício.

A nova ação de reabilitação do devedor, que não consta da lei vigente, é regulada pelos arts. 172 e seguintes do projeto, tem procedimento idêntico ao previsto para a ação de extinção de obrigações, e a finalidade precípua é a de fazer cessar a incapacidade pessoal do devedor, resultante da sentença de falência, devendo a sentença declarar reabilitado o devedor e também o sócio solidário ilimitadamente responsável, se também requerente, e ser comunicada a todas as Juntas Comerciais do País.

7 Quanto às hipóteses e formas de processamento da recuperação das empresas

A recuperação da empresa não consiste somente em uma nova denominação da conhecida concordata, como comumente tem sido propagado, porque o instituto é inteiramente novo, complexo e em muito difere da concordata.

A recuperação da empresa está dividida em duas espécies de recuperação possível para a empresa, sendo uma das espécies a da recuperação judicial, que é mais complexa, ou seja, da recuperação de empresa que necessariamente terá que ser submetida ao juízo falimentar, estando regulada pelos arts. 45 e seguintes do projeto, quer preventivamente, quer após a declaração da falência.

A espécie da recuperação judicial preventiva abrandou somente a antiga exigência da inexistência de protesto cambiário, não mais tratada (o que já consiste em grande conquista para o empresário), e a exigência da existência de ativos que correspondam a 50% do passivo quirografário, não mais se exigindo tal comprovação, mas intensificou e ampliou as demais exigências e condições atualmente previstas nos arts. 140, 158 e 159 da Lei de Falências, regulação que ocorre quer no aspecto material, quer no aspecto processual e que agora conta com novos e complexos atos a serem cumpridos pela sociedade requerente e novas provas pré-constituídas a serem apresentadas com a inicial pelo devedor, com profundas modificações no conhecido instituto da concordata.

Na espécie de recuperação judicial, em comparação com a lei vigente, que só prevê uma única forma, que é a de moratória, com fixação de prazo e percentual para pagamento das dívidas quirografárias, únicas sujeitas à antiga concordata, com o projeto agora estão previstas nada menos que 16 hipóteses de propostas modernas e amplas de recuperação, antes vedadas e até consideradas como meio ruinoso ou de má gestão, ou como passíveis de revogação.

A recuperação judicial prevista no projeto, lado outro, abrangerá todas as classes de credores, embora permitido o prosseguimento da execução fiscal, mas admitido o parcelamento fiscal, e também dependerá da aprovação expressa do credor, com garantia real, do plano de recuperação que envolva respectivos bens onerados em favor de tal credor. O projeto exige a regularização, em no máximo um ano, dos créditos trabalhistas vencidos até o ajuizamento da proposta de recuperação. Há, portanto, previsão de certo privilégio para os créditos trabalhistas, tributários e com garantia real.

Aqui, todavia, é importante assinalar que não será toda e qualquer recusa de adesão ao plano apresentado pela devedora que impedirá a recuperação da empresa, pois, se é certo que a todo direito corresponde uma ação, também é certo que nada impedirá que a devedora intente medida judicial cabível, perante o próprio Juízo Falimentar, contra manifestação injustificável de recusa à adesão ou aprovação do plano de recuperação apresentado, hipótese em que caberá ao mesmo Juízo decidir, ouvidos obrigatoriamente o credor discordante, bem como o administrador judicial e o Ministério Público, quanto à aprovação do plano de recuperação judicial proposto.

No processo da recuperação judicial, a decisão de processamento inicial, que não mais depende do prévio parecer do Ministério Público, equivalerá à decisão de processamento inicial da atual concordata preventiva.

Já a aprovação por sentença do juiz do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor dentre as 16 hipóteses de recuperação agora previstas equivalerá à atual sentença de concessão de concordata, concessão ou aprovação do plano de recuperação, que só será possível após rigoroso, dispendioso e complexo processo regulado no projeto, com apresentação de laudo pericial prévio de perito especializado que for selecionado em audiência de propostas perante o juiz, perito que, selecionado, nomeado e mediante compromisso, apresentará laudo econômico-financeiro que conterá, dentre outros elementos, estudo e conclusão de viabilidade econômica do plano de recuperação proposto pelo devedor, laudo que será seguido da condição, a ser atendida logo após, de aprovação pelos credores, que para tanto se reunirão em assembléia previamente convocada por edital, presidida pelo administrador judicial, cujo resultado deverá constar de ata registrada em livro específico para suas deliberações, a ser previamente aberto pelo juiz. A aprovação dos credores dar-se-á mediante representação pelo denominado Comitê de Recuperação, composto por eleição entre os próprios credores em respectiva e prévia assembléia, realizada conforme convocação judicial que constará do edital inicial de processamento da recuperação judicial, conforme arts. 64 e seguintes do projeto, e que, caso formado, referido comitê terá legitimidade e

competência não só para fiscalizar o cumprimento do plano de recuperação pelo devedor, mas também para apresentar proposta outra, fundamentada, de recuperação viável dentre as legalmente previstas. Não sendo composto referido comitê de recuperação, por qualquer motivo, a competência do referido comitê será exercitada cumulativamente pelo administrador judicial nomeado pelo juiz, cargo que será exercido preferencialmente por advogados, administradores, economistas e contadores, segundo redação do projeto.

Os credores, membros do comitê, não terão direito a qualquer remuneração. A remuneração do administrador judicial, entretanto, antigo comissário, continua garantida, mas não excederá a 5% do valor a ser pago aos credores, ou seja, 5% do total do passivo. A novidade é que o administrador receberá 80% deste percentual no ato de cada pagamento aos credores, conforme plano de recuperação aprovado pelo juiz, ficando reservados 20% para pagamento em até 30 dias após a sentença de encerramento da recuperação judicial, sentença que equivalerá à sentença que julga cumprida a concordata e que será antecedida, conforme projeto, da apresentação do relatório final e das contas pelo administrador judicial.

Nota-se que o processo da recuperação judicial será mais rígido e complexo e exigirá adequação de conduta, extrema atenção e compreensão do julgador, quando do início da vigência da lei em que o projeto vier a ser transformado, de forma a garantir o escopo essencial da nova norma, que é o da preservação da empresa.

A segunda espécie de recuperação da empresa é a da recuperação extrajudicial, regulada pelos arts. 73 e seguintes do projeto, cujo plano de recuperação poderá apresentar-se de duas formas. A primeira forma será aquela constante de intenção ou de proposta escrita do devedor, aceita pelos credores, cujo instrumento, público ou particular, firmado entre os interessados, valerá e produzirá todos os efeitos como transação, independentemente do conhecimento prévio judicial ou da homologação judicial, não mais consistindo tal ato como caracterizador do estado presumido de insolvência, atualmente assim previsto no art. 2º da Lei de Falências. Tal forma de recuperação poderá abranger todos os credores, de qualquer classe.

A terceira espécie de recuperação da empresa é aquela constante de proposta apresentada ao juiz com pedido de homologação, aprovada mediante quórum previsto em assembléia previamente convocada mediante edital pelo devedor junto a seus credores por dívidas vencidas e vincendas, mesmo e facultativamente junto àqueles por crédito já em execução, ainda que só pelas quantias incontroversas, constando de ata o resultado da assembléia, e que somente não poderá abranger os credores fiscais e os credores trabalhistas.

Neste caso, o pedido de homologação será apresentado ao juiz, que determinará publicação de edital para impugnação em 15 dias por credores, que somente poderão insurgir-se quanto à forma exigida para a aprovação da proposta em assembléia, com 10 dias para réplica do devedor e dos credores que apresentaram assentimento à proposta. Homologada a proposta de recuperação extrajudicial pelo juiz, mediante sentença, esta produzirá efeitos perante todos os credores da proponente, que tenham ou não participado da referida assembléia prévia, salvo perante aqueles que, por força de lei, não se sujeitam à falência ou à recuperação judicial. Caso rejeitado o pedido de homologação por sentença, o processo será extinto, devolvendo-se os interessados ao *status quo*, deduzindo-se valores eventualmente pagos e garantindo-se a validade dos atos validamente praticados no curso do processo. Não há possibilidade de declaração da falência de ofício pelo juiz, nesta espécie de recuperação.

8 Quanto aos créditos a serem reclamados do devedor

Permanecem as mesmas restrições da lei atual quanto a créditos que não podem ser reclamados na falência ou na recuperação judicial, tais como as obrigações a título gratuito e as despesas que o credor fizer para participar do processo concursal.

A primeira novidade é a que torna possível a pretensão de recebimento de multa em ambos os processos, das multas ambientais e dos depósitos de FGTS, sem qualquer ressalva, e as outras espécies de multas com a ressalva de que antes devam estar pagas todas as classes de credores até os quirografários e desde que haja sobra de ativo.

A segunda novidade é a de que não mais se admitirá pedido de falência do credor, embasado em crédito no valor inferior a 40 salários mínimos.

Novidade outra é a de que a recuperação judicial obriga todas as classes de credores (embora permita o prosseguimento das execuções finais, cujo débito poderá ser parcelado). A recuperação extrajudicial, todavia, não obriga credores trabalhistas e tributários.

9 Quanto à classificação dos créditos

Na classificação dos créditos, houve importante alteração. No processo de recuperação judicial, antes conhecida como concordata, que agora abrange todas as classes de credores, mas sem prejuízo do prosseguimento da execução fiscal (cujo débito poderá ser parcelado), a classificação dos créditos dependerá do plano de recuperação judicial que for aprovado em assembléia e homologado pelo juiz. Ressalvada a possibilidade de execução do débito tributário, restou assegurada preferência ou prioridade apenas para o crédito trabalhista, a ser pago no máximo em um ano após a distribuição do pedido de recuperação judicial, se vencido até então, conforme arts. 9º e 10º do projeto. Na recuperação, os encargos foram considerados como extraconcursais e serão pagos no curso do processo, inclusive tributos decorrentes da atividade, à medida que vencerem. A exigência é a de que o plano de recuperação judicial da empresa, aprovado pelo juiz, esteja cumprido em 02 anos. Para as micro e pequenas empresas, o prazo previsto para cumprimento é de 03 anos.

Já no processo de falência, cuja denominação foi mantida, a ordem de classificação e de preferência dos créditos, conforme art. 11 do projeto, será a seguinte, nesta sequência:

- créditos decorrentes da relação de trabalho e por acidente do trabalho, em igualdade de condição e de proporção;

- créditos fiscais de qualquer natureza e créditos com garantia real até o limite do valor do bem garantidor, em igualdade de condição e de proporção;

- créditos com privilégio especial que enumera;

- créditos com privilégio geral que enumera;

- créditos quirografários e créditos por saldo do que não for coberto pelo produto de bens gravados com garantia real, equiparados aos quirografários;

- créditos subordinados (estes anteriormente tratados como subquirografários, tais como os créditos de dividendos, créditos do administrador não empregado).

Na falência, os encargos foram também expressamente considerados como extraconcursais e, portanto, devem ser pagos com toda preferência, a partir da vigência da nova lei, em prestígio da instrumentalidade do processo, que seria de difícil ou impossível desenvolvimento ou processamento sem esta garantia. Segundo Súmula 229 do STJ, os encargos de natureza salarial, tais como os de remuneração do síndico, auxiliares e do perito, são equiparados aos créditos trabalhistas. Portanto, serão pagos juntamente com os trabalhistas, na mesma proporção e com a mesma prioridade. Não há previsão, no projeto, para preferência dos créditos por encargos não salariais, cujo benefício não pode ser entendido nem presumido, valendo a prevalência dos créditos trabalhistas e dos créditos fiscais, em face do art. 186 do CTN.

Outra inovação do projeto, contida em seu art. 8º, com as ressalvas ali previstas, é a da permissão de automática compensação, com preferência sobre todos os demais credores, das dívidas da devedora, vencidas ainda que antecipadamente, até a data do requerimento da recuperação judicial ou do pedido de falência, garantindo-se, desta forma, autêntica preferência até sobre os créditos decorrentes das relações do trabalho, o que beneficiará enormemente os bancos credores detentores de saldos e aplicações dos devedores, a compensar, quer em relação a cheques emitidos, quer em relação a contratos bancários que contenham cláusula de débito automático em conta corrente, ou de cobertura de saldo devedor com créditos em conta.

O mesmo também se verifica no âmbito do serviço das câmaras de compensação e de liquidação financeira, utilizado pelo devedor, no caso de devedor que seja instituição financeira ou equiparada e que incorrer em

falência ou em recuperação judicial, cujas garantias serão realizadas pelos integrantes da referida câmara, com destinação do produto na liquidação das obrigações assumidas no âmbito da câmara. Essa prática tem a característica de ser extraconcursal e também beneficiará enormemente os bancos credores.

10 Quanto ao inquérito judicial no processo de falência e de recuperação

A instauração do inquérito na falência, mesmo que de devedores que não possuam bens, tal como a atual regra vigente, torna-se facultativa, está prevista nos arts. 187 e seguintes do projeto. O procedimento do inquérito judicial é o mesmo previsto na lei vigente, e a prescrição do crime falimentar passou a ser equiparada à prevista no CPP. Caso o administrador não requeira a abertura de inquérito, o Ministério Público mediante denúncia, poderá propor ação penal, independentemente do inquérito. Havendo inquérito, se o Ministério Público não oferecer denúncia, o credor poderá apresentar queixa.

Verificada a prática de crime falimentar no processo da recuperação judicial da empresa, o devedor será destituído da administração, sendo nomeado novo administrador eleito pelo comitê de credores.

Desta regra extrai-se grande novidade, que possibilita a preservação da empresa em qualquer hipótese, mesmo que o devedor tenha praticado crime falimentar, sendo afastado e substituído na administração e preservada a empresa. Esta é uma grande conquista, de interesse social, não permitida pela lei vigente (porquanto o Decreto-lei 7.661, de 1945, impede a concordata suspensiva no caso de ser recebida denúncia por crime falimentar).

11 Quanto à verificação dos créditos

As habilitações dos credores, também prevista a modalidade retardatária, não mais serão dirigidas ao juiz, que não mais as julgará, tarefa que ficará atribuída ao administrador judicial. Após a publicação do edital contendo a decisão de processamento da recuperação judicial nos 15 dias após, ou do edital contendo a decisão que declarar a falência nos 5 dias após, editais que para as duas hipóteses também conterão a relação dos credores apresentada pelo devedor, o administrador judicial receberá as reclamações dos credores, examinará documentos e livros da sociedade e organizará relação definitiva dos créditos, fazendo publicar subseqüente edital nos 45 dias seguintes, prorrogáveis a pedido justificado do administrador, em que também indicará o local e horário em que os interessados poderão ter acesso aos documentos que embasaram a relação definitiva.

Os interessados, dentre eles o Ministério Público, credores, devedor, acionistas ou sócios ou o comitê de credores, presidido pelo administrador judicial e formado para deliberar e aprovar em assembléia as condições de recuperação judicial que for pedida pelo devedor, poderão apresentar impugnação à relação de credores nos 10 dias seguintes à publicação do edital contendo a relação de credores elaborada pelo administrador judicial. A impugnação será dirigida ao juiz, autuada em separado, que a processará e julgará conforme disposto nos arts. 17 a 21 do projeto, em processo contencioso idêntico ao processo hoje existente para impugnações de crédito, inclusive com produção de provas, se necessário.

Findo o prazo para as impugnações, se não as houver, o juiz homologará a lista contendo a relação de credores não impugnada, mandando publicá-la em forma de QGC. Havendo impugnações, o juiz mandará incluir em oportuno QGC, a ser elaborado pelo administrador judicial, os créditos que constavam da relação anterior e que não foram impugnados, bem como os créditos habilitados perante o administrador, antes omitidos na relação do devedor e que sobre eles não recaia dúvida. Quanto aos créditos impugnados, o juiz julgará as impugnações que estiverem devidamente provadas e esclarecidas, também mandando incluir no QGC. Já para as impugnações que necessitem de outras provas, o juiz oportunizará tais provas, mesmo em audiência, e julgará a impugnação ao final da mesma audiência, mandando incluir o crédito no QGC, se rejeitada a impugnação, de cuja sentença caberá apelação.

Munido de tais elementos, o síndico elabora o QGC, que será homologado pelo juiz e publicado, na mesma forma da lei vigente.

12 Quanto à ação de restituição, aos embargos de terceiro e à ação revocatória

A ação de restituição e suas condições não sofreram mudanças pelo projeto, que também garante a preferência das restituições das coisas ou do equivalente em dinheiro, ampliando, contudo, o prazo de contestação para 05 dias a cada interessado e passando a prever apelação somente no efeito devolutivo, permitida a execução provisória mediante caução e garantida a indenização da massa pelas despesas de conservação, conforme arts. 26 a 34 do projeto.

Os embargos de terceiro receberam o mesmo trato da Lei de Falências vigente, remetendo o interessado, portanto, ao CPC, conforme art. 35 do projeto.

A ação revocatória está prevista no art. 131 e seus incisos para as hipóteses de ineficácia, quase que idênticas às da legislação vigente, e no art. 132 para as hipóteses de fraude, também prevista na legislação vigente, sendo ampliado seu prazo decadencial derradeiro para até 03 anos contados da sentença declaratória da falência, mas limitando a legitimidade do administrador judicial, que deverá ajuizar a ação revocatória até seis meses contados da sentença, a partir do que restará a legitimação residual somente para os credores e para o Ministério Público, mas mesmo assim garantindo-se a assistência litisconsorcial do administrador.

Conclusão

Nota-se do projeto um maior rigor de forma para o processo de falência e de recuperação da empresa, que naturalmente demandará custo maior para o devedor, especialmente quando são exigidas assembléias de credores, antecedidas da publicação de editais e prévia publicação de relação de credores antes da publicação do QGC definitivo.

Nota-se também que os novos atos processuais exigidos no projeto demandarão um maior prazo médio para cumprimento e para o encerramento das falências.

A exigência de prévia assembléia de credores para certos atos processuais é salutar para o acesso de um maior número de interessados no processo, mas corre-se o risco de gerar despesas com editais e atraso na prática dos atos, sem que se atinja o objetivo da participação democrática e efetiva de credores, pois o que se tem visto nas Varas de Falências e Concordatas, com raras exceções, é a completa inércia dos credores no processo, mesmo quando convocados por edital para atos relevantes e de seu interesse. Em geral, os credores apenas aguardam o implemento dos atos do síndico e dele exigem o pagamento de seus créditos o quanto antes. Esta é a realidade.

Por fim, e conforme disposições finais e transitórias do Projeto 4.376, todas as sociedades que se encontrem, nas Varas de Falências, em regime de falência e de concordata em curso poderão requerer ao Juízo Falimentar sua sujeição às regras da nova lei, no prazo de 120 dias contados de sua vigência, podendo, portanto, apresentar seu *plano de recuperação judicial*, sob algumas condições rígidas, expressas no projeto, inclusive a de inexistência de crime falimentar.

O exercício desta importante faculdade certamente contará com pedido formulado pelos atentos e especializados advogados que militam nas Varas de Falências e também poderá contar com prévia intimação dos devedores, por iniciativa do juiz em cada um dos processos que estejam sob sua presidência, num esforço conjunto de todos os operadores do Direito Falimentar, para a maximização da oportunidade de os devedores recuperarem-se e de preservarem suas atividades empresariais, benefício social relevante, sendo esta uma sugestão que ora se apresenta, como forma de contribuição ao reconhecimento da relevância do interesse social agora prestigiado no projeto da nova lei de falências, neste difícil momento econômico que se verifica no País, com isso também contribuindo-se para a real eficácia do *princípio da preservação da empresa*, que é pilar indispensável ao atendimento das necessidades atuais humanas e coletivas, em relevante reforço do Estado Democrático de Direito.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Discurso de Posse na Presidência do Tribunal de Justiça Militar

*Juiz Coronel Jair Cançado Coutinho**

Mais uma vez, e agora já no ocaso de minha vida pública, que já se faz longa, assumo a grata e dignificante missão de presidir o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, que a vontade unânime de meus Pares vem colocar sobre meus ombros.

Assumo-a com a humildade de sempre, cônscio de que sofro das imperfeições e das fragilidades humanas, mas também com a mesma coragem, com a mesma garra e com a mesma vontade que sempre marcaram minhas ações nas diversas missões pelas quais passei, certo de que, com a ajuda de todos, possa contribuir, com minha modesta parcela de dedicação e trabalho, para o engrandecimento de nossa instituição.

Gostaria, inicialmente, de também, aqui e agora, como o fiz no recôndito de nossas reuniões, atualmente espargidas com os benéficos eflúvios da amizade e da fraternidade, agradecer, *ab imo corde*, a honra que meus ilustres Pares deram a este antigo e velho companheiro de, mais uma vez, presidir o nosso Tribunal.

Não se trata de rotina, mas, para mim, trata-se de emotiva transcendência.

Na verdade, ninguém mais do que eu pode falar em antiguidade, em saudade e emoção, já que, neste mês de março, completei cinqüenta anos de efetivo serviço, ininterruptos, sendo 29 (vinte e nove) na Polícia Militar e 21 (vinte e um) neste Tribunal. Tenho mesmo de exclamar com o poeta:

> *- Heu fugaces labuntur anni!*
> Como os anos passam tão céleres e tão fugazes!

Se trabalhei muito, afinal são cinqüenta anos, ora acho que sim, ora acho que não.

Muitas vezes, vêm-me à reflexão as palavras de Santo Agostinho, o mais célebre dos doutores da Igreja, que costumava usar trocadilhos para melhor divulgar seus ensinamentos. Dizia ele:

> *- Ubi amatur, non laboratur.*
> Onde se ama, não se trabalha.
>
> *- Aut si laboratur, labor amatur.*
> Mas se se trabalha, o trabalho é amado.

Logo não se trabalha.

Destarte não trabalhei tanto assim, pois a ambas instituições dediquei um acendrado amor.

Como todos sabemos, a Justiça Militar é a Justiça mais antiga do País, tratando-se, evidentemente, da Justiça Militar Federal, embrião das Justiças Militares dos Estados, que, evidentemente, não são fruto de nenhum estado de exceção, como, às vezes, afirmam aqueles que costumam falar sobre as instituições, sem nenhum conhecimento de causa.

(*) Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

A Justiça Militar é uma Justiça Especializada que tem por finalidade a aplicação de um ordenamento jurídico especialíssimo a que se submetem a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, fincado nos princípios básicos da hierarquia e da disciplina.

É sabido que as instituições militares se assentam sobre esses dois princípios básicos, sem os quais se tornariam bandos armados, colocando em perigo constante o País e a sociedade.

É dever indelegável de todo chefe militar defender e fazer preservar esses dois princípios.

Por outro lado, em um regime democrático, sobressai o império do direito, conseqüentemente da lei e da justiça, que vão construir a paz entre os cidadãos.

Não se alcança a paz, em lugar algum, sem a realização da justiça. A afirmativa não é minha. Está esculpida nas Armas Papais, símbolo do pontificado de João Paulo II:

> - *Opus justitiae pax.*
> A paz é obra da Justiça.

Por isso, não tenham dúvida, o primeiro sinal da derrocada de uma democracia é o enfraquecimento do Poder Judiciário, que, qual o pêndulo de Foucault, é o ponto de equilíbrio entre os extremos.

É verdade que os chefes militares zelam, como seu dever precípuo, pela disciplina da instituição militar.

Quando, porém, os atos cometidos ultrapassam a natureza da transgressão disciplinar, os comandantes têm, na Justiça Militar, um instrumento de comando, independente, é verdade, mas também muito eficaz para manter a higidez da corporação militar.

Se, de um lado, é preciso controlar e domar a força, para evitarem-se o arbítrio e a violência, por outro, o militar deve ter a certeza de que seu ato, se praticado dentro dos limites da lei, terá um respaldo rápido e imediato de uma Justiça especializada, que conhece a natureza de suas ações, e não uma Justiça de privilégio para acobertar seus excessos.

Como não julgamos bandidos, mas profissionais de segurança pública, profissionais da proteção à sociedade, nas suas mais variadas modalidades, guardiães do povo, pais de família e homens de bem, creiam-me, aqui, na Justiça Militar, o estudo de um processo é um longo e, às vezes, um sofrido e angustiante trabalho de reflexão pessoal do juiz.

É de vital necessidade, pois, que o militar, submetido a um ordenamento jurídico tão rigoroso, assim, tenha a necessária segurança em suas ações.

É de suma importância saber ele que está sob o pálio de uma justiça especializada que conheça e compreenda as nuances de sua atuação, seja para reconhecer-lhe as ações legítimas, seja para reprimir-lhe os eventuais desvios de conduta.

Por essa e outras razões, o processo da Justiça Militar difere, e muito, do processo da Justiça Comum.

Por mais estranha que possa parecer nossa afirmação, o bem maior que aqui procuramos preservar e proteger não é a liberdade, mas os princípios da hierarquia e da disciplina, que são os pilares mestres das instituições militares!

Como afirmou Clemenceau:

> Como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência, e o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência.

O cidadão, considerado *ut miles*, foi sempre diferente do civil, dadas as características muito específicas de sua missão.

Creio até que aquelas repetidas e infundadas críticas que se fazem à Justiça Militar, por ignorância ou por má-fé mesmo, fruto da exploração e da reativação de irracionais ressentimentos em proveito de indivíduos e de grupos, arrefeceram, mesmo porque já não surtem - ou já surtiram - os efeitos desejados. Por isso mesmo, entendo desnecessário rebatê-las, aqui e agora, como sempre fizemos.

Inteligenti pauca.

O que não significa, entretanto, depor as armas, pois estaremos, aqui, em nosso posto, qual sentinela atenta, em eterna vigilância, como fizemos desde que aqui chegamos.

Este não só o dever do presidente, mas de todos que desejam perpetuar a Justiça Militar.

A eterna vigilância é o preço da sobrevivência. Desculpem-me a semiparódia.

Senhoras e Senhores, meus amigos.

No ocaso de minha vida pública, que está a findar-se com o exercício desta sublime missão, como tantas outras que cumpri, de presidir, mais uma vez, o Tribunal de Justiça Militar, gostaria de saudar e reverenciar as nossas duas instituições militares, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, que considero unas, por sua história e por serem ambas jurisdicionadas da Justiça Militar.

Na verdade, Senhoras e Senhores, não consigo ver nessas duas instituições distinção alguma.

Aceito, obediente à lei, uma separação administrativa, como, aliás, já houve no passado, mas não no espírito, não na natureza intrínseca, no espírito público, no ideal de bem servir, nas tradições e na formação de seus integrantes.

Assim, não consigo separá-las: pertenci a ambas. A ambas comandei.

Para nós da Justiça Militar, nem separação administrativa existe, pois ambas são instituições militares do Estado, e as duas, igualmente, jurisdicionadas da nossa Justiça Militar.

Reverenciá-las e saudá-las, então, pelo seu passado, configurado pelos seus elementos da reserva e reformados, que construíram sua memória, suas tradições, seu espírito, e a quem, com a devida vênia do Presidente da União, homenageio na pessoa de meu saudoso pai, a cuja memória, junto com o toque de silêncio, presto minha continência e me inclino respeitosamente.

Saudá-las e reverenciá-las, pelo seu presente, fortes, dinâmicas, modernas, aparelhadas, prestantes, principal instrumento de proteção e amparo da sociedade, na pessoa de seus dois jovens Comandantes-Gerais, *Coronéis Sócrates Edgard dos Anjos* e *Osmar Duarte Marcelino*, que, hoje, têm a grande responsabilidade de manter as tradições de nossas corporações, sem se esquecer de dinamizar-lhes o presente.

Nossas corporações estão em boas mãos, pois os nossos Comandantes foram forjados em boa têmpera, e suas vidas profissionais são o penhor de seu sucesso.

Cadetes, na academia, iniciando seus primeiros passos, quando eu comandava as corporações, quem sabe, amanhã, não estarão aqui, na marcha inexorável do tempo e da história.

Essas instituições militares, creiam-me, amigos meus, são duas relíquias preciosas que Minas Gerais, relendo nelas seu passado glorioso, guarda, com esmero, no escrínio de sua consciência cívica.

Temos por elas justificado orgulho.

Não poderia, nesta hora em que enalteço as nossas corporações militares, deixar de dirigir, de público, num misto de alegria, emoção e gratidão, uma calorosa palavra a esse admirável homem público de Minas, o Governador Francelino Pereira dos Santos, aliás, o principal responsável por grande parte dessa minha trajetória funcional, de que tanto me orgulho, em cujo governo fui Chefe do Gabinete Militar e Comandante-Geral da Polícia Militar, nomeando-me também para o Tribunal de Justiça Militar.

Se foi um dos grandes Governadores de Minas Gerais, pelo seu dinamismo, pela sua constante preocupação com o povo e por sua extremada austeridade no trato da coisa pública, para a Polícia Militar chegou a ser excepcional.

Comandante e amigo, atento, presente, leal.

Jamais levei a ele um pleito, uma aspiração da corporação, a que não atendesse prontamente.

Tinha especial carinho pela Polícia Militar, que, sem falsa modéstia, viveu, em seu governo, dias áureos de sua história, e pela Justiça Militar. Foi ele, inclusive, que cedeu e restaurou este prédio em que estamos e que é hoje nossa sede própria, modesto, mas histórico, porque vem dos primórdios da transferência da Capital e inaugurado pelo governador, em 14 de março de 1983.

Se fizemos alguma coisa, e acho que sim, debito-lhe os louros, pois fui apenas um modesto instrumento seu e de seu governo.

Obrigado por tudo, Senhor Governador.

Senhoras e Senhores,

Não poderia também, neste momento importante da minha vida, deixar de saudar e reverenciar o Poder Judiciário de Minas, ao qual pertencemos, que tão bem tem compreendido o papel da Justiça Militar e deste Tribunal, brindando-nos com inequívocas provas de admiração e respeito.

O Tribunal de Justiça Militar não é um órgão solitário, estanque.

Insere-se, constitucionalmente, como parte integrante do Poder Judiciário do Estado e, como tal, deve respeito e lealdade à cúpula do Poder, hoje sob a lúcida direção do Desembargador *Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins*, como é, aliás, de nossa formação, pois a lealdade ao chefe é uma das importantes virtudes, dever mesmo, do militar.

O Desembargador *Corrêa de Marins* é da nossa geração.

Brilhante cultura jurídica e humanista.

Com suas decisões firmes e um trato extremamente afável, tem sido para nós, como seus antecessores, não apenas o chefe, mas o amigo, tanto deste Tribunal como da Polícia Militar, que aprendeu a admirar, como ele bem afirma, nas diversas comarcas em que atuou como juiz.

Ao Desembargador *Corrêa de Marins*, hoje no importante cargo de chefe do Poder Judiciário de Minas, a admiração e o respeito pessoal e institucional da Justiça Militar e deste Tribunal.

Destaquei as nossas corporações militares e o Poder Judiciário, aos quais estamos ligados constitucional e institucionalmente.

Quero, entretanto, agradecer, saudar e reverenciar a todos, instituições e pessoas que têm reconhecido o nosso trabalho, somando e comungando conosco os mesmos ideais.

Ressalto, entre todas elas, a pessoa especialíssima do General *Paulo César de Castro*, maior autoridade militar da área e, portanto, nosso comandante, que nos tem, como seus antecessores, cumulado de inequívocas provas de apreço e muita distinção.

Como é norma regimental, está deixando a presidência deste Tribunal o *Dr. Décio de Carvalho Mitre*, que, durante dois anos, exerceu suas funções com dedicação e competência.

Desenvolveu, na casa, trabalho fundamentado na valorização da entidade, enfrentando, com firmeza, as situações delicadas, pelas quais costumeiramente passamos.

Executou ótimo trabalho administrativo, especialmente com as medidas legais para completar o quadro de juízes do Tribunal e das auditorias, dotando a todos, juízes e funcionários, dos meios necessários para exercer, com eficiência, suas funções.

Enfatizo, com alegria, a forma cordial e amena, sem descurar de sua autoridade, no trato com juízes e funcionários, fazendo reinar sempre na casa o necessário clima de compreensão, o que tornou este Tribunal um lugar aprazível ao trabalho e a um salutar convívio.

Dar-me-ei por feliz se conseguir seguir as pegadas deixadas pelo *Dr. Décio*, em especial na defesa intransigente de nossa entidade, no aprimoramento dos nossos julgados, no fortalecimento das nossas instituições militares, na valorização dos nossos Juízes e funcionários, no primoroso relacionamento social e funcional com autoridades e entidades que nos são afins e na forma solidária e não solitária de presidir.

Essas também serão as metas de nossa presidência. Oxalá, possamos alcançá-las!

Ao *Dr. Décio*, amigo e colega, nossos parabéns e os agradecimentos da Justiça Militar.

Espero - e preciso - contar com o apoio e a colaboração dos juízes do Tribunal e das Auditorias e dos dedicados funcionários da Casa, para que possamos, juntos, levar avante nossa missão.

Quero agradecer a todos aqui presentes, à minha família, a meus amigos pessoais, aos quais fito nos olhos e os abraço a todos no coração, que vieram dar-me o calor de sua amizade e o carinho de sua presença, nesta solenidade, acompanhando-me sempre, com sua solidariedade, nos momentos marcantes de minha vida.

Às ilustres autoridades que não hesitaram em interromper seu trabalho para virem abrilhantar nossa solenidade, com o prestígio de sua presença, dando-nos inequívoca prova de apreço pessoal e consideração para com esta instituição, o nosso agradecimento.

À *Ivany* e *Zezé*, fiéis companheiros na minha longa jornada e artífices, sem dúvida, da paz que sempre reinou em nosso lar, todo o meu carinho.

Aos prezados e fraternos companheiros, Coronéis *Paulo Duarte Pereira* e *Rúbio Paulino Coelho*, amigos de tantos anos, cuja altivez e competência dispensam maiores comentários, que comigo dividirão a responsabilidade da direção da Casa, a certeza de que, juntos, irmanados, poderemos realizar uma profícua gestão.

Ao Juiz Prof. *Jadir Silva*, brilhante na cultura jurídica e grande no coração e no espírito, nosso fraterno abraço e a certeza de sua costumeira cooperação.

Ao douto Procurador, ex-Procurador-Geral de Justiça, que oficia neste Tribunal, Professor *Epaminondas Fulgêncio Neto*, que honra e dignifica o Ministério Público onde quer que esteja, a alegria de poder contar com sua sábia e competente presença ao nosso lado.

Esta será, meus prezados Colegas, Juízes do Tribunal e das Auditorias, Senhores Procuradores e Promotores, Senhores Comandantes nos diversos escalões, Senhores Advogados, Senhores Funcionários e meus amigos, esta será uma presidência solidária, jamais solitária.

Por isso, preciso da colaboração de todos.

Finalmente, como faço sempre, peço a Deus e à Senhora Mãe dos Homens da Serra do Caraça que me iluminem a mente e o coração, dando-me os necessários e preciosos dons da saúde, da fortaleza e da justiça, para que eu possa desempenhar bem mais esta missão que me foi confiada, servindo e engrandecendo a Justiça Militar e honrando o Poder Judiciário de Minas Gerais.

Muito obrigado.

(Em 16 de março de 2004.)

-:::-

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

MANDADO DE SEGURANÇA - AVISO Nº 13 GACOR/2002, EXPEDIDO PELA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - PROIBIÇÃO DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS PELA VIA TELEFÔNICA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE DO ATO - ORDEM DENEGADA

- O princípio da publicidade dos atos processuais insculpido na Carta Magna integra o princípio do devido processo legal e é garantia constitucional de que o indivíduo não se verá processado sigilosamente nem julgado secretamente, permitindo-lhe amplo acesso aos autos. Tal garantia, entretanto, não é tão abrangente de modo a obrigar os órgãos judiciários a prestar serviços de informação processual por via telefônica.

- Não se invalida o ato com base na teoria dos motivos determinantes, se, em um conjunto de motivos que determinaram a prática do ato, apenas um não se conforma com a realidade existencial.

- Não configurado o direito líquido e certo à obtenção de informações processuais pela via pretendida, denega-se a ordem.

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 302.621-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Aviso nº 13 GACOR/2002, expedido pela Corregedoria-Geral de Justiça - Proibição de informações processuais pela via telefônica - Inexistência de ilegalidade do ato - Ordem denegada. - 1. O princípio da publicidade dos atos processuais insculpido na Carta Magna integra o princípio do devido processo legal e é garantia constitucional de que o indivíduo não se verá processado sigilosamente nem julgado secretamente, permitindo-lhe amplo acesso aos autos. Tal garantia, entretanto, não é tão abrangente de modo a obrigar os órgãos judiciários a prestar serviços de informação processual via telefônica. - 2. Não se invalida o ato com base na teoria dos motivos determinantes, se, em um conjunto de motivos que determinaram a prática do ato, apenas um não se conforma com a realidade existencial. - 3. Não-configurado o direito líquido e certo à obtenção de informações processuais pela via pretendida, denega-se a ordem.

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 DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Divino Donizete da Silva, residente em Goiânia-GO, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, visando à cassação dos efeitos do Aviso nº 13 GACOR/2002, assegurando-lhe, por conseqüência, o direito de obter informações processuais, pela via telefônica, junto à Comarca de Estrela do Sul.

Expondo os fatos, diz que é parte em processos que tramitam na referida comarca e que sempre obteve informações sobre o andamento dos processos por telefone, vez que aquela comarca não se encontra informatizada e não disponibiliza informações via Internet e que, para sua surpresa, em 26.04.2002, a serventuária da Justiça que atendeu o telefone lhe comunicou a existência da norma expedida pela Corregedoria de Justiça que a impedia de prestar a informação que lhe fora solicitada. Inconformado, diz ter buscado solução na via administrativa, mas, em 23.07.2002, o impetrado indeferiu o pedido, acolhendo parecer do Juiz-Corregedor Osvaldo Oliveira Araújo Firmo.

Nos fundamentos de direito, diz ser inaplicável o aviso em relação às comarcas que não são

interligadas via Internet, invocando a Teoria dos Motivos Determinantes, dizendo também que a norma indiretamente impugnada é inconstitucional, por violar os incisos XXXIII e LX do art. 5º da CF/88, sendo injustificável o indeferimento com base na falta de previsão legal, alegando que vários tribunais dispõem de serviços de atendimento por telefone e que o direito buscado não precisa ser expresso em lei, já que emana diretamente da Constituição, que consagra o princípio da publicidade e que o sigilo processual só pode ser criado por lei em sentido formal, nunca, porém, por ato administrativo, lembrando, por fim, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Juntou os documentos de fls. 13/26.

Às fls. 36/39 foram prestadas as informações pela autoridade impetrada e à fl. 41 indeferi o pedido de provimento liminar, decisão esta que mereceu pedido de reconsideração/agravo regimental através da petição hospedada às fls. 43/47.

Mantida a decisão indeferitória, o agravo foi levado a julgamento perante a egrégia Corte Superior em 12.02.2003, que, à unanimidade de votos, não conheceu do recurso, conforme acórdão de fls. 52/58.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 63/68, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Sem preliminares, passo ao voto de mérito.

Socorre-se o impetrante da via mandamental, buscando assegurar o seu direito líquido e certo de obter informações sobre o andamento de processos, nos quais figura como parte, pela via telefônica, uma vez que reside a 400 quilômetros da Comarca de Estrela do Sul e, como esta não disponibiliza informações via Internet, se não por telefone, somente lhe restaria obter informações se comparecesse pessoalmente perante aquele Juízo.

É bem verdade que a *Lex Fundamentalis*, no art. 5º, inciso LX, consagrou o princípio da publicidade dos atos processuais e qualquer restrição a tal princípio somente encontrará fundamento constitucional se tiver por objetivo a defesa da intimidade ou quando o interesse social o exigir.

Entretanto, com respeitosa vênia ao impetrante, que ocupa o honroso cargo de Procurador da República, tenho que os argumentos por ele expostos na exordial superdimensionam o princípio, que, a meu sentir, não tem o alcance por ele desejado, mesmo considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pois, conforme prelecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

> A publicidade dos atos jurisdicionais abrange duas modalidades fundamentais: a primeira é a de poder qualquer pessoa fazer-se presente à prática do próprio ato. Destarte, as audiências, as vistorias, a oitiva de testemunhas etc. têm de ser praticadas a portas abertas, sem impedimento do ingresso de quem quer que seja.
>
> A outra faceta da publicidade é a consulta aos autos do processo e demais peças lavradas no exercício da função jurisdicional. Tal acesso tem também de ser amplo e irrestrito, nos termos da Constituição. Ainda que se trate de alguém que não seja parte no processo, nem mesmo detenha a qualidade profissional de advogado, a ele não poderá ser sonegado o direito de consulta aos autos. Embora seja forçoso reconhecer que o aparelhamento cartorial do País não esteja em condições de, na maior parte dos casos, propiciar essa consulta a estranhos ao mesmo tempo em que assegure, como é seu dever, a incolumidade do processo, está-se diante de uma conseqüência inafastável, em face do asseguramento amplo feito pela Constituição. Não se tratando de processo coberto pelo segredo de justiça, a lei não poderá restringir a sua publicidade e muito menos disposição isolada de um magistrado ou do cartório teriam esse condão.

O espírito da norma constitucional em tela, que se integra ao próprio princípio do devido processo legal, é vedar a existência de processos sigilosos ou de julgamentos secretos, constituindo-se em garantia decorrente do próprio Estado de Direito.

Não tem, contudo, o condão de obrigar os órgãos do Poder Judiciário a oferecer serviços de informação pelos meios que melhor convenham às partes, pois, por mais louváveis que sejam as iniciativas de ampliar o acesso das partes, advogados e demais interessados às informações jurisdicionais, não há aí qualquer dever decorrente de lei ou de regra ou princípio constitucional.

A implantação de tais serviços, via telefone, fax, Internet ou qualquer outro meio de comunicação, pode e deve ocorrer, respeitados, entretanto, os critérios de conveniência e oportunidade, nunca por causa de uma ordem judicial.

Também a norma constitucional do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República não permite a expedição de tal ordem, pois, se é verdade que tal dispositivo assegura ao cidadão o direito de exigir informações dos órgãos estatais, obrigando-se estes, em contrapartida, a prestar as informações solicitadas, não é menos verdade que, *in casu*, não se pode falar que o Estado esteja, em confronto com a Constituição, negando tais informações.

Com efeito, há o dever estatal de informar, mas, em se tratando de informações jurisdicionais, os meios de se fazê-lo encontram-se estabelecidos na legislação processual e sempre que, no curso do processo, surja um ato que obrigue ou faculte às partes fazer ou deixar de fazer alguma coisa, os advogados destas são intimados pelos meios legalmente definidos. Às partes e aos seus procuradores, a lei faculta o direito de consultar os autos em cartório, conforme dispõe o art. 155, parágrafo único, do CPC.

No parecer lavrado pelo Juiz-Corregedor, afirma-se que o fornecimento de informações processuais por telefone seria "praxe viciosa, e sem previsão legal". Pela leitura que faço de tal assertiva, o que se quis dizer foi que inexiste a obrigação legal de se prestar informações pela via telefônica, e não que haja uma vedação para tanto, pois o próprio Tribunal de Justiça disponibiliza o serviço de informações processuais, através do telefone 3237-6174, via do qual os advogados do interior ou de outros Estados podem obter informações a respeito dos processos em curso perante este Sodalício.

Não me apego, pois, à tese de que o impetrado tenha restringido a norma constitucional ou que tenha criado figura de sigilo processual, eis que a comunicação dos atos processuais se tem dado com rigorosa observância às regras previstas no CPC, sendo os advogados das partes intimados pela via postal, com aviso de recebimento, eis que naquela comarca não há convênio com jornais para publicação dos atos processuais.

No que tange à teoria dos motivos determinantes, não vejo como invalidar o ato, reconhecendo a alegada existência de uma realidade divorciada dos motivos que determinaram a prática do ato, pois, como bem observa o Órgão Ministerial oficiante:

> não se limitou a autoridade apontada como coatora, como pretende fazer crer o impetrante, exclusivamente na possibilidade de se fazer a comunicação dos atos processuais *via* Internet, cuidando de se referir aos outros meios legalmente estabelecidos, também.

Neste caminhar, confiro razão ao impetrante quando reclama da falta de um meio de acesso que lhe possibilite a informação processual a qualquer tempo. No entanto, tal questão há de ser resolvida no plano da política administrativa e no estabelecimento de prioridade de investimentos e, neste sentido, há notícias de que há um grande esforço para se completar o processo de informatização nas comarcas do interior. O que não me parece admissível é situar a questão no âmbito do controle judicial de legalidade, eis que ilegalidade, ouso insistir, não há.

Pelo exposto, com a anuência da douta Procuradoria-Geral de Justiça, denego a ordem.

Custas, a cargo do impetrante.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Schalcher Ventura, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Carreira Machado, Almeida Melo, José Antonino Baia Borges, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, José Francisco Bueno e Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A SEGURANÇA.

MANDADO DE SEGURANÇA - LEI NOVA - EMENDA CONSTITUCIONAL - SERVIDOR - TETO E SUBTETO REMUNERATÓRIOS - VANTAGENS PESSOAIS - IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

- A lei nova, em cuja concepção se inclui a emenda constitucional, não tem força para excluir ou mitigar situações jurídicas que se refiram a direitos definitivamente constituídos e imunes à irredutibilidade de vencimentos. A incidência imediata da Emenda Constitucional nº 41/2003 não pode resultar no decréscimo de quantias que, licitamente, vinham percebendo os servidores públicos. Concede-se a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA nº 1.0000.03.404767-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Mandado de segurança - Constituição da República - Emenda - Servidor - Teto e subteto remuneratórios - Vantagens pessoais - Irredutibilidade de vencimentos. - A lei nova, em cuja concepção se inclui a emenda constitucional, não tem força para excluir ou mitigar situações jurídicas que se refiram a direitos definitivamente constituídos e imunes à irredutibilidade de vencimentos. A incidência imediata da Emenda Constitucional nº 41/2003 não pode resultar no decréscimo de quantias que, licitamente, vinham percebendo os servidores públicos. - Concede-se a segurança.

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 conceder a segurança.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2004. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos impetrantes, o Dr. Benedito José Fonseca e, pela autoridade coatora, a Dr.ª Marina Rocha Cavalcanti Barros.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. O Dr. Benedito José Barreto Fonseca, pai de magistrado que honra o nosso quadro, com presença freqüente no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, vem a esta Capital, com sua dignissima esposa, para a primorosa sustentação oral que proferiu.

A advogada da Assembléia Legislativa, Dr.ª Marina Rocha Cavalcanti Barros, fez brilhante pronunciamento, substancioso, na defesa de teses muito interessantes do ponto de vista jurídico.

Tenho um voto longo, que as partes conhecem, porque reproduz pronunciamentos que formulei em reiterados processos de interesse da Assembléia Legislativa.

Antes de proferir o voto, enfatizo que, neste caso, seguirei a orientação de duas figuras reverenciadas pela inteligência brilhante e pela alta especialização em Direito Constitucional, expressões dominantes de nossa Terra, que são o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence e o Professor Raul Machado Horta.

Adelmo Gabriel Marques, Herculano Lamounier Fernandes, Marcelo Silveira Júnior e Márcio Juliano Vieira de Almeida impetraram este mandado de segurança preventivo contra ato iminente do Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, consistente na aplicação do que dispõe o art. 1º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, na parte em que introduziu nova redação ao art. 37, XI, da Constituição da República.

Defende-se, na inicial: 1 - que o mencionado dispositivo, introduzido na Constituição Federal por meio de emenda, não pode ser aplicado pela autoridade indicada coatora, conforme pretende e anuncia, em detrimento do direito adquirido dos impetrantes, de continuarem percebendo suas remunerações mensais, de forma integral, sem prejuízo das vantagens pessoais, cujos valores não podem ser reduzidos a pretexto da aplicação do subteto a ser estabelecido para os servidores estaduais; 2 - que o Supremo Tribunal Federal, sempre que provocado a pronunciar-se sobre a matéria, tem assentado que são excluídas do teto as vantagens pessoais e as que representem uma situação individual ligada à natureza e às condições do trabalho do servidor; 3 - que a parte da remuneração dos impetrantes, que ultrapassa o teto, é constituída de vantagens pessoais; 4 - que o subsídio dos membros do Poder Legislativo é o teto dos servidores da Assembléia Legislativa, não sendo lícito à Administração deliberar, a seu alvedrio, o que deve ser retirado do subsídio para efeito do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal; 5 - que os valores atuais dos vencimentos dos impetrantes passaram a integrar o patrimônio deles, razão pela qual consubstanciam direito adquirido e não podem sofrer redução; e 6 - que há direito adquirido contra emendas constitucionais, notadamente quando atingem direitos e garantias individuais, em apreço ao que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Pede-se a concessão da ordem de segurança, para que se determine à Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais o pagamento normal das verbas remuneratórias dos impetrantes, referentes às vantagens pessoais, excluindo-as da apuração do subteto constitucional.

O pedido foi distribuído, no plantão do Ano Novo, tendo o Desembargador Pinheiro Lago (fls. 75/76-TJ) determinado a prévia notificação da autoridade apontada coatora para, após as informações, examinar o requerimento da liminar. No plantão das férias coletivas, o processo foi redistribuído ao Des. Alvim Soares (fl. 78-TJ), o qual determinou ouvir-se a Procuradoria-Geral de Justiça.

O Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa apresentou suas informações, nas quais admite que, descortinado o valor correto a ser aplicado no âmbito do Legislativo mineiro, em decorrência da sessão administrativa que se realizou, em 5 de fevereiro de 2004, no Supremo Tribunal Federal, "imediatamente serão tomadas as medidas administrativas indispensáveis ao cumprimento do preceito constitucional, descontando-se no mês ou meses subseqüentes o eventual valor a maior pago na folha do mês de janeiro de 2004".

Argumenta que, quanto às vantagens pessoais, pagas aos servidores, o constituinte derivado determinou, expressamente, a inclusão dos respectivos valores no teto ou subteto, a teor da Emenda Constitucional nº 41/2003. Sustenta que a nova redação do art. 37, XI, da Constituição Federal se aplica, indistintamente, aos atuais e futuros servidores, sejam eles ativos ou inativos. Salienta que os julgados mencionados nas razões do pedido se referem às normas constitucionais precedentes (fls. 82/90-TJ).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido da concessão da segurança (fls. 106/115-TJ).

Em 11 de fevereiro de 2004, às fls. 119/126-TJ, deferi a liminar postulada, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de praticar qualquer ato que resulte na redução dos vencimentos dos impetrantes que tenham sido licitamente fixados, de acordo com a legislação precedente, até a decisão definitiva desta eg. Corte Superior.

Às fls. 138/140-TJ, os impetrantes apresentaram petição, na qual acusaram a consumação de ato do Presidente da Assembléia em que determinou que as folhas de pagamento dos servidores daquela Casa sejam elaboradas com atendimento ao subteto (fl. 141-TJ).

O Supremo Tribunal tem entendido - especialmente no Mandado de Segurança nº 23.087-5, decidido em 30 de junho de 1998 e publicado em 3 de agosto daquele ano, Relator o então Presidente do STF, Min. Celso de Mello - que o poder reformador da Constituição se submete à vontade emanada do constituinte originário, que estabelece núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. Neste sentido, o Min. Celso de Mello apóia sua reconhecida autoridade de constitucionalista nas doutrinas de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 26, item nº 15, 18ª ed.; OTTO BACHOF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, p. 52/54, 1977, Atlântida Editora, Coimbra; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II/287-294, item nº 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; MARIA HELENA DINIZ, *Norma Constitucional e Seus Efeitos*, p. 97, 1989, Saraiva; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 756-758, 4ª ed., 1987, ALMEDINA; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 58/60, 5ª ed., 1989, RT.

Afirmou o Min. Celso de Mello:

> A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar, desde logo, a *judicial review*, que constituirá, nesse contexto, o instrumento de preservação e de restauração da vontade emanada do órgão exercente das funções constituintes primárias. Normas constitucionais, quando derivadas do poder de reforma exercido pelo Congresso Nacional, podem incidir no vício da inconstitucionalidade.

Este pedido de segurança funda-se nas garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos (Constituição Federal, arts. 5º, XXXVI, e 37, XV).

Dada a irredutibilidade dos vencimentos, o desconto e a redução unilateral somente podem ser feitos quando a autoridade administrativa reconheça pagamento ilícito e procure, mediante autocontrole, restabelecer a regência da lei.

O Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 228.080-2/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21.05.98 e publicado na *RTJ*, 168/2, p. 692) assimilou a possibilidade da fixação de subteto estadual, sob a ressalva de que fosse preservada, em nome da garantia da irredutibilidade de vencimentos, a percepção do montante superior anteriormente recebido:

> Teto: redução do limite remuneratório: inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na legislação revogada, pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico. Lícita a fixação do teto local na remuneração dos Secretários de Estado e dada a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, têm os impetrantes direito de que, da incidência imediata da LC 43/92, não poderá resultar o decréscimo da quantia que licitamente percebessem, até o montante do teto anterior.

O Ministro Pertence, depois de dizer que não há direito adquirido à manutenção de limite previsto na legislação revogada, sendo lícita a fixação de teto local, na remuneração de Secretários de Estado, menciona, entretanto, que, dada a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, aqueles que o recebem têm direito de que, pela incidência imediata da lei, não possa resultar decréscimo, ou seja, é aquela doutrina antiga do Supremo: não há direito adquirido ao regime jurídico, mas os efeitos patrimoniais do regime lícito incorporam-se e não podem sofrer decréscimo.

A doutrina atualizada do Supremo (ADIN 2.087-1/AM, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 3 de novembro de 1999 e publicada no *DJ* de 19.09.2003) é esta:

> ... o direito adquirido, quando seja o caso, pode ser oposto com êxito à incidência e à aplicação da norma superveniente a situações subjetivas já constituídas, mas nunca à alteração do próprio regime anterior.
>
> ... a garantia do direito adquirido não se opõe à idéia de mudança normativa; pelo contrário, supõe logicamente a mudança, pressupõe necessariamente a existência da alteração normativa para incidir.

Não teria sentido falar-se em direito adquirido, se não houvesse alteração. Seria o anódino, seria o inconseqüente. Ele existe, exatamente, para atender à situação de alteração.

O constitucionalista RAUL MACHADO HORTA, Catedrático e Titular da Faculdade de Direito da UFMG, explica a irretroatividade e o direito adquirido no Brasil:

> Ao incluir no rol da matéria vedada ao poder constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o Título II da Constituição, que abrange os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, I a LXXVII) no seu núcleo irreformável e, por isso, inatingível pelo Poder de Emenda. Nessa irreformabilidade, encontra-se o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido (art. 5º, XXXVI). O poder constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do poder constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido, assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a argüição de inconstitucionalidade.
>
> Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que a Constituição deu por irreformável (*Direito Constitucional*, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249/250).

No contexto da jurisprudência do Supremo Tribunal, pode-se citar o Recurso Extraordinário nº 230.221/CE, decidido em 18 de outubro de 1999 e publicado em 23 de novembro de 1999, em que o Min. Nelson Jobim avaliou a nova redação do inciso XIV do art. 37 da Constituição da República, na versão da Emenda 19, reproduzido pelo § 5º do art. 154 da Constituição do Ceará, na redação da Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 1995, com expressa invocação do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Naquele julgamento, S. Ex.ª adotou a fundamentação contida na ADIN 1.443-9/CE, Relator Min. Marco Aurélio, julgada em 6 de novembro de 1996 e publicada em 25 de abril de 1997, em que o excelso Tribunal suspendeu, cautelarmente, a vigência da emenda constitucional para afastar, em interpretação conforme a Constituição, quaisquer outras interpretações que implicassem alcançar situações concretas existentes à data em que entrou em vigor a Emenda Constitucional. Salientou o Min. Jobim existir inconstitucionalidade nas normas de direito intertemporal dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional Estadual nº 21, que traduziu modo retroativo de redução de vencimentos fixados com base na legislação anterior.

Com base nestes respeitáveis precedentes, dado que era lícita a fixação do teto anterior e dada a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, respalda-se o direito dos impetrantes a que, da incidência imediata da Emenda Constitucional nº 41, não possa resultar o decréscimo da quantia que licitamente vinham percebendo até o montante do teto anterior.

A modificação introduzida no texto do art. 37, XI, da Constituição da República pela Emenda nº 41, de 18 dezembro de 2003, não pode ser adotada em detrimento da compreensão anteriormente firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que continua hígida para preservar situações e direitos consolidados anteriormente à promulgação daquela emenda.

Existe postura severa no sentido de que, tendo o Poder Constituinte - para mim, só há um Poder Constituinte Originário; o outro, o da emenda, é Constituído - fixado o limite, poderá ser alterado pela emenda constitucional.

É um erro de lógica, *data venia*, porque, se a matéria é, intrinsecamente, de Direito Constitucional, é matéria inerente ao Poder Constituinte propriamente dito, não pode o Poder Constituído inserir-se nele, ainda que com pseudônimo de Poder Constituinte Derivado, Secundário ou Instituído, o que importa, não é Constituinte. Napoleão afirmou: "Eu tenho um amo implacável: é a natureza das coisas". A artificialidade do homem foge à natureza das coisas. Portanto, qualquer que seja o nome que se dê, se é da natureza do Poder Constituinte, nenhum Poder Constituído virá para surpreendê-lo ou derrotá-lo.

Lembro-me de uma pregação em que o frade franciscano bradava: "Tremei, tremei, muralhas de Jerusalém, porque estão a condenar um inocente". Cito, por se tratar esta de uma Quarta-Feira das Oitavas da Páscoa, o Sermão do Encontro, da Terça-Feira da Semana Santa, para mencionar que, às vezes, as muralhas cegam, ao pretexto da moralidade que todos temos o dever de praticar.

A moralidade não é favor, é uma inerência do ser humano que se preze. Qual é a moralidade pública? A moralidade subjetiva de um puritano ou a moralidade de uma prostituta? A moralidade de um ladrão ou a moralidade de um santo? Para reger as relações sociais, existe a lei, e a lei dita o teor da moralidade. Quem faz a lei, em nosso Estado, é a Assembléia Legislativa, que é parte, neste processo. Falta interesse processual da Assembléia Legislativa para suscitar a invalidade moral da aplicação da lei dela procedente.

O Supremo Tribunal Federal tem mencionado que o teor da moralidade pública é o aristotélico, o que se contém na lei (Recurso Extraordinário nº 192.568-PI, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23 de abril de 1996).

A ninguém, fariseu ou saduceu, profeta ou eremita, cabe ditar o teor da moralidade pública. Um salário de vinte mil reais, o que consta nestes autos, pode ser grande em relação ao faxineiro ou ao lavrador, à maioria da população do Brasil, mas, nem por isso, senão pela aplicação da teoria comunista, que nivela pelo mínimo a maioria e, pelo máximo, a "nomenklatura", odiosa que é, serve de paradigma para o processo de redução.

O comunismo acabou. O muro de Berlim desmoronou há quinze anos. Pela sua morte, Jesus, crucificado fora das muralhas de Jerusalém, derrubou o muro do ódio que separava os povos. Este muro não deve ser reconstruído (JACQUES GAILLOT, Bispo de Partenia, em sua carta de 1º de abril de 2004).

Chamo a voz do hoje aposentado Ministro Moreira Alves, pela categoria de seu conhecimento jurídico primoroso. Moreira Alves diz que as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada são, no Brasil, diferentes das categorias correspondentes, em França, porque lá são legais e aqui são constitucionais. Por isso, não podem ser mudadas pelas leis, ou pela emenda constitucional, atos igualmente infraconstitucionais (ADIN nº 493/0-DF, julgada em 25 de junho de 1992, *in RTJ*, 142, p. 52/78).

No Supremo Tribunal Federal, assentou-se o entendimento de que deverão ser excluídas do cálculo do teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988 as vantagens pessoais, como tais as decorrentes de situação funcional própria do servidor e as que representem uma situação individual ligada à natureza ou às condições do trabalho (Recurso Extraordinário nº 220.397/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, julgado pelo Tribunal Pleno em 9 de dezembro de 1998, *RTJ*, 173-02, p. 662).

Essa orientação decorreu da Justificação feita pelo STF, para o Projeto de Lei nº 1.286, do qual resultou a Lei Federal nº 7.721, de 6 de janeiro de 1989, que dispôs sobre a remuneração dos ministros daquele Tribunal.

O Min. Célio Borja, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14-4 (*RTJ*, v. 130-02, p. 475) fez constar, em seu voto, ao reportar-se sobre aquela Justificação, que:

> O Supremo Tribunal não afirmou, no documento a que me reporto, estarem adstritos os parlamentares federais, os Ministros de Estado e os Ministros do Supremo Tribunal Federal a vencerem iguais valores; mas, consignou que na norma disposta no inciso XI do artigo 37, antes referido, está implícita a regra da equivalência dos vencimentos-teto que modulam e comprimem a retribuição dos servidores dos três Poderes, sob pena de frustrar-se a isonomia de vencimentos entre os respectivos cargos de atribuições idênticas ou assemelhadas (art. 39, § 1º, Const.).
>
> Lembrou, então, o Supremo Tribunal que a ressalva constante desse último dispositivo - art. 39, § 1º, Const. -, ao prescrever a isonomia de vencimentos, exclui, expressamente, as vantagens pessoais e as relativas à natureza e ao local de trabalho. Estas não integram os vencimentos dos cargos - objeto exclusivo da regra isonômica - mas são atributo e apanágio do servidor. (...)
>
> A regra constitucional, na sua expressão literal, sujeita a tal limite, apenas, os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Judiciário, não as vantagens pessoais.

No julgamento da ADIN 14-4-DF, de que foi Relator o Min. Célio Borja, em 28 de setembro de 1989, o que decidiu o Supremo Tribunal foi que os adicionais por tempo de serviço não se sujeitam ao limite do § 1º do art. 39 da Constituição, em sua redação original. Por isso, considerou que o artigo 2º da Lei Federal nº 7.721, de 6 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - computados os adicionais por tempo de serviço - à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnerava o art. 39, § 1º, *in fine*, da Constituição, que sujeitava a tal limite apenas os

vencimentos, excluídas as vantagens pessoais. Esse precedente consolidou-se como jurisprudência do STF, como se encontra na ADIN 1.833 MC/PE, Relator o Min. Néri da Silveira, julgada pelo Tribunal Pleno em 27 de maio de 1998:

> ... 4. A Corte firmou entendimento na ADIN 1.674-5-DF, no sentido de que o teto de vencimentos, em cada Poder, deve se referir aos percebidos pelos Deputados Estaduais, Secretários de Estado e Desembargadores do Tribunal de Justiça, excluindo-se desse teto as vantagens de caráter pessoal percebidas pelos servidores, a teor dos artigos 37, XIII, e 39, § 1º, da CF de 1988. 5. Relevantes fundamentos da inicial é conveniente a suspensão cautelar da vigência do dispositivo impugnado. 6. Medida cautelar deferida para suspender, *ex nunc* e até julgamento final da ação, a eficácia do art. 2º da Lei Complementar nº 16/1996, do Estado de Pernambuco. Votação: unânime. Resultado: deferido. Veja: ADIMC-1.674, *RTJ*, 130/475; ADIN 1.344, *RTJ*, 155/971; RE 160.860, *RTJ*, 152/453; RE 164.573, *RTJ*, 154/255.

O Min. Célio Borja afirmou que todas as vantagens, exceto as de serviço e as *in natura*, entram no cálculo do limite do art. 37, XI.

Baseada nessas considerações, a conclusão do Supremo Tribunal foi no sentido de que vantagens de seus ministros não se comunicam com as do Poder Executivo, quando distintas, até por um princípio de ordem material.

Não se compara também um ministro, com trinta e cinco anos de serviço, com um juiz, no início da carreira, pois o acréscimo de vantagens para aquele é conseqüência de um trajeto, de uma carreira, cuja ablação não é factível pela espada de uma emenda constitucional.

As vantagens pessoais dizem respeito ao lugar do trabalho e à condição individual. Não integram o conteúdo da remuneração do cargo nem dizem respeito à carreira. São inerentes à situação pessoal do titular do cargo.

Há, no Supremo Tribunal Federal, a ADIN (MC) nº 2.135-DF, da qual foi Relator o Ministro Néri da Silveira, com pedido de vista, sem julgamento terminado, a respeito do *caput* do art. 39. No entanto, o *caput* do art. 39 diz respeito tão-só ao regime jurídico único que, a prevalecer a inconstitucionalidade, tendo em vista aspectos formais, devolveria ao setor público a possibilidade de mais de um regime jurídico.

Entretanto, o questionamento, no Supremo Tribunal Federal, não vai ao ponto de devolver ao texto constitucional a chamada equiparação externa, porque a emenda constitucional reconheceu que os cargos dos diversos Poderes não são assemelhados

A operação prevista no ato juntado à fl. 141-TJ implica redução unilateral de verbas licitamente reconhecidas aos impetrantes, em confronto com o direito subjetivo já constituído à irredutibilidade.

É compreensível o texto original da Constituição de 1988 em estabelecer teto de remuneração. Mas esse teto, erigido no texto de uma Constituição, não enseja emenda para ser ampliado no seu tamanho ou na sua repercussão.

Ainda que editada regra constitucional que trace novos parâmetros para a fixação da remuneração dos servidores públicos, haverão de ser respeitadas as situações constituídas segundo o regramento anterior, em obséquio do princípio da segurança das relações jurídicas, que não pode ser anulado por norma superveniente à incorporação de bens e direitos no patrimônio do servidor.

O direito decorrente do núcleo temático intangível não é infirmado pelo fato de ser tentada sua redução por emenda constitucional ou por norma das disposições transitórias da Constituição. A emenda é infraconstitucional, como a lei, com variação apenas no modo de sua formação mais rígido. As disposições transitórias, ante a realidade nova, procuram organizar o Direito Constitucional Intertemporal, no próprio texto constitucional, que tem a finalidade de estabelecer a ligação entre a ordem constitucional anterior e a nova Constituição, a fim de que esta não signifique um começo radical de vilipêndio aos direitos consolidados precedentemente.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 21.216/DF (*RTJ*, 134:1.112), o Ministro Sepúlveda Pertence superou a orientação da jurisprudência predominante, do tempo do Ministro Evandro Lins, em que já eram vencidos os Ministros Villas Boas, Luiz Gallotti e Ribeiro da Costa, para afirmar que, a partir da Constituição de 1988, a norma do § 1º do art. 39 da redação original, que impunha à lei vencimentos isonômicos para cargos com atribuições iguais ou assemelhadas, tornou insubsistente a tese anterior do Supremo Tribunal:

> A partir daí, creio, insustentável, com todas vênias, que a irredutibilidade de vencimentos seja apenas uma forma específica de dizer o mesmo e garantir o mesmo que o direito adquirido: é que a situação pessoal do servidor, salvo quanto às vantagens pessoais, ressalvadas no art. 39, § 1º, não pode afetar a necessária igualdade de fixação de vencimentos iguais para o mesmo cargo, de tal modo que o parâmetro da garantia da irredutibilidade, disso me convenci, é hoje, indiscutivelmente - ao contrário do que antes dizia o Ministro Evandro Lins, no acórdão que recordei e que já fora recordado pelo Ministro Celso de Mello - atinente aos vencimentos do cargo abstratamente considerados, e não com a situação jurídica individual de cada um de seus ocupantes.

Ao discorrer, em corte teórico, sobre a irredutibilidade, com base na doutrina e na jurisprudência, conclui que a irredutibilidade dos vencimentos decorre não do fato de ser objeto de um direito adquirido ou de um ato jurídico perfeito, mas de ter sido declarada, incondicionalmente, para o trabalhador e para o servidor público, por uma categoria de norma constitucional que é imutável e, que, se ofendida, acarreta inconstitucionalidade de máximo grau, por se referir à superlegitimidade constitucional. Existe aí o aspecto objetivo, bem percebido pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Abstratamente considerado, o direito social, por ter sido inserido pela Declaração de Direitos, é intangível, imutável e não enseja que outra lei o violente (*Reformas Administrativa, Previdenciária, do Poder Judiciário*. JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 139/140).

Dada a manifestação abstrata da irredutibilidade, até por ação direta é possível eliminar a norma constitucional que, ostensivamente, a ofenda. O controle concentrado não afasta o reconhecimento da inconstitucionalidade de sua aplicação ao caso concreto.

A revogação do § 1º do art. 39 da Constituição, pela Emenda 19, extinguiu a isonomia externa entre os cargos dos diversos Poderes, mas não afastou a irredutibilidade como direito formalmente declarado. Logo, persistem as razões de decidir com as quais se manifesta a irredutibilidade como direito a salvo de qualquer emenda ou lei.

Embora aquela emenda tenha deslocado a declaração do § 2º do art. 39 da redação original para o inciso XV do art. 37 e não exista mais remissão ao art. 7º, VI, o direito social permanece íntegro e específico para o servidor público, tendo a alocação servido somente para a adequação técnica, com a qual se evita a referência ao salário e à convenção ou acordo coletivo, próprios do Direito do Trabalho e inaplicáveis ao servidor público do regime estatutário, e amplia-se a referência ao subsídio, inovação, ainda não implementada, da emenda. Introduz, em lugar do salário, os vencimentos, que correspondem ao conjunto formado pelo vencimento-base e pelos acréscimos devidos.

A relutância pela negação da irredutibilidade, pela falta de direito adquirido ao regime jurídico, está vencida - ainda que nem sempre percebida - pela extensão, no regime constitucional de 1988, ao trabalhador público, do direito social à irredutibilidade, a qual, anteriormente, era empregada, como garantia institucional, para os membros da Magistratura.

O caso não enseja declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo da Emenda nº 41, mas sua interpretação conforme a Constituição, para resguardar a incolumidade das situações jurídicas consolidadas e, conseqüentemente, dos direitos constituídos e que não podem ser atingidos pelas superveniências normativas.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e concedo a segurança requerida para assegurar aos impetrantes a percepção integral dos seus vencimentos, incluídas as vantagens pessoais, que tenham sido licitamente fixados de acordo com a legislação precedente à Emenda Constitucional nº 41/2003.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes e *José Francisco Bueno* - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Concedo a segurança.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo com o Relator.

Os Srs. Desembargadores Tibagy Salles e *Francisco Figueiredo* - Concedo a segurança.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Também concedo a segurança nos termos do voto do Relator, acrescentando apenas que o Poder Constituinte Derivado não tem poderes para cancelar direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal.

E temo muito que, à medida que o Poder Judiciário permitir que o detentor do Poder, o plantonista do Poder, avance contra o direito adquirido, coisa julgada ou ato jurídico perfeito, poderemos

prever que, dentro de pouco tempo, ele também avançará contra o sistema federativo, o voto secreto e direto, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a liberdade religiosa e principalmente contra a Lei de Imprensa.

Concedo a segurança.

Os Srs. Desembargadores Edelberto Santiago, Orlando Carvalho, Cláudio Costa, Kelsen Carneiro, Pinheiro Lago, Schalcher Ventura e Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. O voto que o Des. Almeida Melo acaba de proferir, com os acréscimos orais que S. Ex.ª fez, bem demonstra a firmeza e a segurança do Professor de Direito Constitucional, que, desde a primeira hora, teve oportunidade de esclarecer não só nesse aspecto da emenda constitucional, mas também em relação à emenda que já estava germinando no período da legislatura anterior.

Ele teve a oportunidade de esclarecer o risco que corria de se quebrar a unidade constitucional.

O Des. Gudesteu Biber, com a sabedoria que lhe é peculiar, acrescentou as dificuldades que se encontram em quebrar essa viga mestra da democracia, porque, atrás de um arranhão na Constituição, outros arranhões virão.

Somos calejados e formados em dialética; na discussão, não temos a palavra para lançar verdades definitivas, não estamos aqui um a sobrepor aos outros, não somos intolerantes, mas, na verdade, ainda que haja divergência - e a advogada usou a tribuna para mostrar o seu ponto de vista -, somos Juízes e devemos ficar atentos ao que se referiu o Des. Almeida Melo a respeito, invocando o Frei de Pará de Minas: "Tremei, tremei, muralhas de Jerusalém, porque estão a condenar um inocente"; e, aqui, são vários inocentes, é o verdadeiro povo brasileiro que está sendo condenado, por trás de programas e metas de Governo que são realizados para pagar juros externos.

Estamos sacrificando o povo e agora queremos sacrificar também aqueles que elaboram a própria norma legislativa e que fazem o Direito Brasileiro, que é o caso aqui dos impetrantes, que prestam assessoria técnica de alto nível à Assembléia Legislativa.

Assim, *data venia*, quero acompanhar o voto do Des. Almeida Melo e sugerir que seja o acórdão publicado para que se vejam que, aqui, no Brasil, ainda existem juízes que enfrentam os poderosos e não têm medo das críticas da imprensa que, vulturinamente, criticam o Judiciário. É bom que se diga isso.

Essa peça do voto do Des. Almeida Melo deve ficar na história deste Tribunal, pois é uma peça de coragem. Estamos aqui para julgar e muitas vezes julgamos inocentes e por isso temos que ter a grandeza de sermos receptivos às críticas e de termos também a coragem de decidir contra a opinião pública.

Os Srs. Desembargadores Herculano Rodrigues, Carreira Machado, Dorival Guimarães Pereira e Jarbas Ladeira - Com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

COMPETÊNCIA CRIMINAL - CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - RÉU PROCESSADO E JULGADO PERANTE A JUSTIÇA COMUM - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA PARA JULGAMENTO DO RECURSO

- Se, em face de entendimento do Ministério Público, endossado pelo juiz do Juizado Especial, no sentido de que o feito era complexo, a competência se fez deslocada do Juizado Especial Criminal para o Juízo Criminal da Justiça comum, o julgamento do recurso é de responsabilidade do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal.

- Sendo o réu processado e julgado pela Justiça comum, não cabe à Turma Recursal do Juizado Especial apreciar eventual recurso, ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, sob pena de violação ao princípio do juiz natural.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Nº 339.629-8/00 - Comarca de Coronel Fabriciano - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Processo Penal - Competência - Infração de menor potencial ofensivo - Réu processado e condenado perante a Justiça comum - Julgamento do recurso de responsabilidade do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal do Juizado Especial - Conflito procedente - Competência do Tribunal de Alçada, suscitado. - Se, em face de entendimento do Ministério Público, endossado pelo MM. Juiz do Juizado Especial, no sentido de que o feito era complexo, a competência se fez deslocada do Juizado Especial Criminal para o Juízo Criminal da Justiça comum, o julgamento do recurso é de responsabilidade do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2003. - *Des. Kelsen Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Perante o Juízo da Vara Criminal de Coronel Fabriciano, Marcos Pires Durães se viu denunciado, processado e condenado como incurso no art. 147 do Código Penal, recebendo a pena de 1 mês de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apelou o réu.

Encaminhado o recurso ao egrégio Tribunal de Alçada, aquela Corte de Justiça declinou da competência para a Turma Recursal de Ipatinga, que suscitou o presente conflito.

Alega o suscitante que, tendo o feito se processado perante o Juizo da Justiça comum, a competência para o julgamento é do Tribunal de Alçada, considerando que as decisões ali proferidas não se submetem ao crivo das Turmas Recursais.

Com vista, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência, declarando-se competente o Juízo suscitante.

É o relatório resumido.

Pelo que consta dos autos, no dia 05.09.2000, Maria Teresinha Arruda Lourenço representou contra Marcos Pires Durães, sendo lavrado o TCO de nº 340/00 (fl. 07).

Como na audiência preliminar não foi possível a composição, o Ministério Público, certamente entendendo que não dispunha de elementos para, naquele momento, oferecer a denúncia e que o caso era complexo, requereu a devolução dos autos à Delegacia de Polícia, para a instauração de inquérito, sendo o pedido deferido pelo MM.ª Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal (fl. 15).

Concluídas as investigações, apresentada a denúncia, os autos foram encaminhados à Justiça comum (fl. 33), perante a qual o réu foi processado e condenado.

Ora se, em face daquele entendimento do Ministério Público, endossado pela MM.ª Juíza, no sentido de que o feito era complexo, a competência se fez deslocada para o Juízo Criminal da Justiça comum, para mim, não existem dúvidas de que o julgamento do recurso é de responsabilidade do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal, que somente pode rever decisões proferidas pelo Juizado Especial.

Como se sabe, a competência do Juizado Especial não é exclusiva, podendo ser modificada em determinadas situações, como, por exemplo, quando se tratar de caso de maior complexidade.

A respeito, MIRABETE ensina o seguinte:

> A competência dos Juizados Especiais Criminais também fica excluída no que diz respeito ao procedimento sumaríssimo quando, a requerimento do Ministério Público, a complexidade ou as circunstâncias não permitirem a formulação imediata da denúncia. Se o crime deve ser apurado mediante ação pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima nos casos em que não houve conciliação ou transação, pode o representante do Ministério Público entender que são necessárias diligências para o completo esclarecimento dos fatos. Nessa hipótese, a requerimento do Ministério Público, as peças existentes serão remetidas para o juízo comum. É oque dispõe o art. 77, § 2º, *c/c* o art. 66, parágrafo único (*Juizados Especiais Criminais*, 4ª ed., Atlas, p. 55).

Pouco importa, agora, que não se encontrassem presentes as causas ensejadoras da modificação da competência e que aquela decisão de deslocá-la tenha sido equivocada. Esta discussão já se encontra superada. O fato é que, sendo o réu

processado e julgado pela Justiça comum, não cabe mais à Turma Recursal apreciar eventual recurso, ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, como no caso, sob pena de violação do princípio do juiz natural.

Pelo exposto, julgo procedente o presente conflito, declarando o suscitado Tribunal de Alçada competente para julgar a apelação.

Os Srs. Desembargadores Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Schalcher Ventura, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Carreira Machado, Almeida Melo, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, Célio César Paduani e Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Data venia, dou pela competência do eg. Tribunal de Alçada.

Em primeiro lugar, porque é inconcebível o julgamento de recurso oriundo de Juízo de Direito por Turmas Recursais do Juizado Especial. Trata-se de juízos diferentes e autônomos. Assim como não é cabível o julgamento de recurso oriundo de Juizado Especial por Tribunais comuns (de Justiça ou de Alçada), assim também é incabível a hipótese inversa.

Não se há confundir, em qualquer hipótese, o Juizado Especial com a Justiça comum. Há indiscutível autonomia e independência entre eles.

Em segundo lugar, porque, a admitirmos julgamento pelas Turmas Recursais do Juizado Especial de apelações cíveis ou criminais, estaríamos inviabilizando o funcionamento daquelas, tantos seriam os processos a elas afetos. Exemplo típico seria o julgamento relativo à Lei de Tóxicos, quando houvesse desclassificação do art. 12 para o 16 daquela lei. Seria um absurdo que o recurso, nesse caso, fosse dirigido às Turmas Recursais, em razão da desclassificação operada.

Em terceiro lugar, porque a própria lei que criou o Juizado Especial ressalvou, no seu art. 61, *c*, que estariam fora de seu alcance os delitos com procedimentos especiais. A Lei 10.259/01 não alterou tal regra, embora tivesse aumentado o campo de incidência segundo a dosimetria da pena.

Ao interpretar a lei, o juiz deve medir as conseqüências de sua decisão, e, creio eu, ninguém tem ou pode ter a intenção de inviabilizar o funcionamento do Juizado Especial ou de suas Turmas Recursais.

Seria, outrossim, um arrematado absurdo que, num feito que corre perante o Juízo estadual comum (como no caso dos autos), eventual pedido de *habeas corpus* fosse impetrado perante as Turmas Recursais do Juizado Especial.

Malgrado algumas decisões em sentido contrário do Superior Tribunal de Justiça, é preciso convir que, mesmo sob o enfoque ontológico, seria um despropósito que uma lei que viesse apenas simplificar o procedimento, para os delitos de menor poder ofensivo, pudesse alterar, de forma implícita, a competência recursal. Por isso que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu ser da competência originária da Suprema Corte o julgamento de *habeas corpus* quando a coação partir de Turma Recursal dos Juizados Especiais (STF - *HC* 71.713-PB. Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *HC* 75.308-MT, Rel. Min. Sydney Sanches; *HC* 79.570-RS, Rel. Min. Marco Aurélio; *HC* 76.294-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 17.11.98, p. 7).

É bem verdade que a matéria ainda não está definitivamente pacificada, posto que tais decisões da Suprema Corte têm sido proferidas por diminuta margem de votos, o que demonstra séria cisão ainda possível de reversão do entendimento. De um lado ficam os Ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, como minoria vencida. De outro, os Ministros Maurício Corrêa, Celso Mello, Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, como maioria vencedora.

Nesse mesmo sentido também decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *HC* 7.906-RJ, de que foi Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca (*DJU* de 26.10.98, p. 132).

Mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 22/99, decidiu o Supremo Tribunal Federal persistir sua competência, no caso (*HC* 78.317-2-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, *DJU* de 22.10.99, p. 58).

Na doutrina, a questão é mais pacífica. Ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER que, instaladas as Turmas Recursais dos Juizados Especiais:

> ... contra suas decisões será apenas admissível o recurso extraordinário para o STF, pois o recurso especial para o STJ pressupõe a existência de uma decisão proferida, em única e última instância, por um *tribunal* e as referidas *turmas recursais* seguramente não o são (*Juizados Especiais Criminais*, p. 159, Ed. *RT*, 1996 - grifos do original).

No mesmo sentido as lições de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 100, 2ª ed., Saraiva, 1996).

Assim e pedindo redobrada vênia aos que pensam diferente, entendo que os julgamentos proferidos por juiz estadual comum jamais podem ser revistos por Turmas Recursais do Juizado Especial.

Os Srs. Desembargadores Edelberto Santiago, Bady Curi, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Garcia Leão e Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

ALIMENTOS - AÇÃO MOVIDA CONTRA AVÓS - NECESSIDADE DE SE ESGOTAR A VIA CONTRA O GENITOR, SALVO INEQUÍVOCA IMPOSSIBILIDADE DE AVIAMENTO OU ÊXITO

- Em sede de pretensão alimentar, os avós só podem ser acionados após ter sido esgotada a ação contra o genitor. Somente em hipóteses especiais como devolução de cheques sem provisão do pai-alimentante ou de este morar na casa dos genitores por incapacidade econômico-financeira, os avós podem ser acionados. Também se enquadra, neste rol, a hipótese *sub judice*, em que o pai da menor está há dois anos ou mais no exterior sem dar notícia à mãe da menor e muito menos sem visitar a filha, fatos que até mesmo impedem a propositura da ação de alimentos contra o mesmo, justificando o pedido contra os avós paternos.

AGRAVO Nº 1.0024.03.985440-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Ação de alimentos contra avós - Necessidade de se esgotar a via contra o genitor, salvo inequívoca impossibilidade de aviamento ou êxito.

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, 17 de fevereiro de 2004. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo -

Conheço do agravo por próprio e regularmente formalizado.

In casu, trata-se de uma ação de alimentos proposta pela neta contra os avós paternos.

Quando me inteirei por completo da inicial recursal vi veiculados vários temas, em princípio alegados, para discussão de um cenário que me parecia complexo.

Por prudência ou reserva, não concedi a liminar. Preferi instruir o recurso no seu normal andamento processual e, assim sendo, passo a decidir a questão.

O pedido vestibular do recurso começou a ser despido das hipóteses que lhe dariam complexidade, como guarda da menor, competência do juízo e a principal discussão de que os avós não poderiam ser acionados sem que o pai antes o fosse.

O fato é que - no cerne da questão - como bem apontou o seguro e abalizado Juiz *a quo*, a questão a ser apreciada é exclusivamente a de alimentos. As outras questões, se entenderem as partes, se já não foram aviadas, poderão sê-lo oportunamente.

Assim, a tese dos agravantes - *in prima facie* - está correta. Os avós só podem ser acionados após ter sido esgotada a ação contra o filho.

A tese é perfeita, reconhecida por nossa Câmara, e até pelas demais, salvo hipóteses especiais como devolução de cheques sem provisão do

pai-alimentante ou este morar na casa dos genitores por incapacidade econômico-financeira.

A hipótese *sub judice* também se enquadra neste rol, o pai da menor está há dois anos ou mais na Bolívia sem dar notícia à mãe da menor (fato omitido na peça recursal) e muito menos sem visitar a filha. Assim, não teria como propor a ação de alimentos contra o pai, e sim contra os avós paternos visto que a mãe mora com a filha, na casa da avó materna.

Nesses termos, nego provimento ao agravo com a anuência da douta Procuradoria de Justiça.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - CLÁUSULAS RESTRITIVAS GRAVADAS EM IMÓVEL - PEDIDO DE REVOGAÇÃO - PROCESSO EM QUE NÃO SE DISCUTEM SUCESSÃO E REGISTRO PÚBLICO - INAPLICABILIDADE DO ART. 106, II, *C* E *D*, DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- Não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre a validade jurídica ou formal nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes, é do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.02.068467-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Pedido de revogação de cláusulas restritivas - Imóvel recebido por testamento - Incompetência do TJMG. - Não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre validade jurídica ou formal nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes, é do eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Declinar da competência.

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 DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA O EGRÉGIO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de pedido de revogação de cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade gravadas em imóvel rural recebido por testamento pelos requerentes Antônio Coelho dos Santos e sua mulher Celeste Coelho dos Santos.

Em sentença de fls. 40/41, o ilustre Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que não restou demonstrado nos autos nenhum prejuízo causado aos apelantes que pudesse justificar a revogação das cláusulas restritivas, devendo-se manter inalterada a vontade do testador.

Inconformados, os apelantes interpuseram o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob as seguintes alegações: que pretendem fazer a doação antecipada, testamento ou até mesmo um condomínio entre os filhos; que, nessa hipótese, o filho que receber o imóvel gravado com as cláusulas restritivas ficará em desvantagem entre os demais; que a adequação de qualquer propriedade rural ao seu regular desenvolvimento carece de apoio financeiro; e que, para isso, o imóvel deve estar liberado para contratos hipotecários ou pignoratícios (fls. 45/46).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar *ex officio* - Incompetência do Tribunal de Justiça.

Cuidam os autos de recurso interposto contra decisão que julgou improcedente pedido de revogação das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade gravadas no imóvel rural recebido pelos apelantes por testamento de José Cabral Pires e sua mulher.

Ocorre que, a meu ver, este eg. TJMG não é competente para apreciar e julgar o presente recurso, tendo em vista que o pedido dos apelantes não está relacionado à sucessão ou ao registro público em si, a impor a competência recursal para esta Corte, nos termos dos artigos 106, II, *c* e *d*, da Constituição Estadual de Minas Gerais.

No caso *sub examine*, apesar de o pedido ser de revogação de gravames em testamento cerrado, não há discussão sobre direito sucessório. E mais: o pedido não foi feito com base em algum tipo de vício do registro público, mas única e exclusivamente no interesse dos apelantes em verem revogadas as cláusulas restritivas impostas ao imóvel herdado por sucessão testamentária.

Dessa forma, se na presente ação não se discute o registro público em si, mas, tão-somente, a possibilidade de revogar cláusulas restritivas gravadas no registro do imóvel, cuja matéria é inerente ao artigo 1.676 do Código Civil de 1916, e não à Lei de Registros Públicos, a competência para processar e julgar o presente recurso é do eg. TAMG, nos termos do art. 108, II, da Constituição Estadual de Minas Gerais, *in verbis*:

> Art. 108. Compete aos Tribunais de Alçada:
>
> II - julgar em grau de recurso causa não atribuída expressamente à competência do Tribunal de Justiça ou a órgão recursal dos juizados especiais.

Na verdade, a alteração no registro do imóvel rural havido por sucessão *causa mortis* seria mera conseqüência, e não causa do pedido feito pelos apelantes.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado deste eg. TJMG:

> Ementa: Ação de cancelamento de cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade. Gravame sobre imóvel adquirido por sucessão *causa mortis*. Processo em que não se discutem sucessão e registro público. Inaplicabilidade do art. 106, II, *c* e *d*, da Constituição Mineira. Competência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para conhecer e julgar o recurso. Inteligência do art. 108, II, da Constituição Estadual. (TJMG, 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0000.00.316511-5, Rel. Des. Brandão Teixeira, pub. em 19.09.03.)

Assim, não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre validade jurídica ou formal nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes, é do eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Com essas considerações, declino da competência para processar e julgar o presente recurso para o eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, determinando a remessa dos autos para aquele órgão recursal.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA O EGRÉGIO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS.

-:::-

FALÊNCIA - *FACTORING* - NATUREZA CONTRATUAL, E NÃO CAMBIAL, DA NOTA PROMISSÓRIA GERADA EM GARANTIA DE OPERAÇÃO DE *FACTORING* - INVIABILIDADE DO ACATAMENTO DO PEDIDO DE QUEBRA.

- Não sendo o faturizado responsável pela inadimplência dos seus devedores, não pode ser responsabilizado pelo pagamento de títulos negociados sob contrato de *factoring*, onde cedeu ao faturizador seus créditos, tudo em troca de um pagamento que embute o risco por tal insucesso na cobrança de tais valores.

- A nota promissória resultante de operação de *factoring* exibe natureza contratual, não podendo ser tomada como cambial. Destarte, tal documento exigido pelo faturizador no momento da feitura da operação e emitido pelo faturizado, instituindo uma garantia em seu favor, não pode ser tido como título hábil a justificar pedido de falência quando os devedores dos títulos negociados no contrato de *factoring* se mostrarem inadimplentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.98.020686-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Falência - *Factoring* - Natureza contratual, e não cambial da nota promissória gerada em garantia de operação de *factoring* - Inviabilidade do acatamento do pedido de quebra. - Não sendo o faturizado responsável pela inadimplência dos seus devedores, não pode ser responsabilizado pelo pagamento de títulos negociados sob contrato de *factoring*, onde cedeu ao faturizador seus créditos, tudo em troca de um pagamento que embute o risco por tal insucesso na cobrança de tais valores. - A nota promissória resultante de operação de *factoring* exibe natureza contratual, não podendo ser tomada como cambial. Destarte, tal documento exigido pelo faturizador no momento da feitura da operação e emitido pelo faturizado, instituindo uma garantia em seu favor, não pode ser tido como título hábil a justificar pedido de falência quando os devedores dos títulos negociados no contrato de *factoring* se mostrarem inadimplentes.

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, 03 de fevereiro de 2004. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço do recurso, que é adequado, oportuno e foi regularmente processado.

Vê-se que a apelante Diniza Factoring de Fomento Comercial Ltda. não se conforma com a decisão que julgou improcedente o seu pedido de falência contra a apelada Angel Indústria e Comércio Ltda., ao argumento de que as cártulas que instruíram o pedido estariam ligadas a um negócio jurídico denominado *factoring*, não se constituindo em meio hábil para amparar o pleito de quebra tal como formulado.

Compulsando os elementos incidentes na questão, tenho a sentença como irrepreensível, porquanto analisou a matéria com profundidade e em seus múltiplos aspectos, dando correto desate à lide.

Realmente, evidencia-se que a operação celebrada entre a instituição-autora e a empresa-ré se desvincula das obrigações cambiais consubstanciadas nos títulos negociados. Em outras palavras, o cessionário assume o risco de não receber tais títulos, por conta do recebimento de uma remuneração de determinada comissão a que o cedente se obriga.

E, na hipótese tratada nestes autos, o título levado a protesto deflui do desconto de várias duplicatas sacadas contra a empresa Mappin Lojas de Departamento S.A., assim como uma confissão de dívida da requerida.

Não será demais dizer que as empresas de *factoring* quando atuam na compra de direitos nascidos de vendas mercantis, assumem o risco de não vir a receber dos devedores essas faturas. A essência de negócios dessa natureza é conhecida como de elevado risco, que inclusive justifica os valores bem acanhados, pelos quais, normalmente, são comprados tais direitos de créditos.

Colocada assim a questão, o que se constata é que a apelante, apesar de realizar uma operação de grande risco, constrangeu a apelada a assinar as duplicatas e a confissão de dívida onde esse risco lhe foi repassado de maneira evidentemente abusiva, pois é incompreensível e inaceitável que o faturizado acabe com todos os perigos e ônus que são da essência do contrato e devem ter como destinatário único quem assume os riscos de adquirir tais créditos, que é, mais diretamente falando, a faturizadora.

Contemplar o apelante com o deferimento de seu pedido significa que o apelado, que sofria com o não-recebimento de diversas faturas e que repassou esses créditos ao apelante, pague agora ao apelante por aquilo pelo que não se obrigou, pois não foi o contratante de tais créditos não quitados e faturizados junto a quem legalmente poderia assumir os riscos de receber ou não tais valores.

Aliás, é característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido, caso o sacado não o faça, sendo inadmissível ação regressiva para recebimento do crédito, tendo em vista que as empresas de *factoring* assumem o risco da cobrança e da solvência do devedor.

Enfim, a relação que vincula o faturizador (cessionário) ao faturizado (cedente) possui natureza contratual, não cambial. Inviável se torna, portanto, a acolhida ao pedido de falência.

Como se vê, a decisão atacada foi lançada com elogiável atenção para com o direito, mostrando a total impossibilidade de se aceitar o título apresentado pelo apelante como uma cambial a dar base para a decretação da falência da apelada.

No mesmo caminhar, também não há a falar em novação, pois é evidente que a destacada Cláusula Quinta do contrato celebrado entre as partes e hospedada à fl. 28 é abusiva, descaracterizando a operação de *factoring* e fazendo com que o cedente dos créditos continuasse a arcar com todos os riscos pelo não-recebimento dos mesmos, apesar de ser a apelante quem comprava e assumia tais direitos de receber tais créditos.

A decisão está em consonância com entendimento que se vem lançando de maneira segura, tal como se vê nos acórdãos trazidos pela sentença e oriundos do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da mesma forma como recentemente deliberou este Sodalício, entre outros casos, como o foi na Apelação Cível nº 295.501-1/00 - Comarca de Poços de Caldas - Rel. Des. Cláudio Costa, julgamento em 06.03.03, assim ementado:

> Pedido de falência. Promissórias garantidoras de borderô. Empresa *factoring*. Protesto comum. Carência do pedido de falência. Recursos. - É de ser mantida a sentença que julga a autora do pedido de falência carecedora de ação, porque a falência requerida com base em títulos promissoriais, dados em garantia de borderô, negociado pelo faturizado com a faturizadora, títulos que, na verdade, não se caracterizam pela certeza e liquidez. Sentença mantida.

Diante de tais considerações, nego provimento ao apelo, mantendo integralmente a decisão atacada ante seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

INVENTÁRIO - HABILITAÇÃO - AUTOS DE INVENTÁRIO DE ADOTANTE - ADOÇÃO SIMPLES - FILHO DE ADOTADA FALECIDA - REPRESENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Tratando-se de adoção simples e tendo ocorrido o óbito da adotada em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não há falar em direito à habilitação de seu filho, em representação, nos autos do inventário dos adotantes falecidos *a posteriori*, visto não ter a adotada adquirido os direitos à equiparação estabelecidos na Carta Magna.

- O art. 1.626 do CC/02 não se aplica aos casos de adoção em que o adotado faleceu em data anterior à entrada em vigor do referido diploma legal.

AGRAVO Nº 330.261-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Inventário - Habilitação - Morte da adotada - Representação. - Tratando-se de adoção simples e tendo ocorrido o óbito da adotada em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito à habilitação de seu filho, em representação, nos autos do inventário dos adotantes falecidos *a posteriori*, visto não ter a adotada adquirido os direitos à equiparação estabelecidos na Carta Magna. Rejeitadas preliminares.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls.,

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Marina Raquel da Silva.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Márcio Martins de Carvalho contra decisão de fl. 54, proferida pelo Juiz da 3ª Vara de Sucessões da Comarca de Belo Horizonte, que, em ação de inventário e partilha, indeferiu o pedido de habilitação nos autos, formalizado pelo agravante, ao argumento de não possuir o recorrente direito de representação em face do falecimento de sua genitora, Eulália Aparecida Martins de Carvalho.

Inconformado, aduz o agravante: a) em data de 22.02.1961, Eulália Aparecida, sua mãe, foi adotada por José Clementino de Carvalho e sua mulher Maria José Martins de Carvalho, ambos falecidos respectivamente em 23.09.1995 e 21.12.98; b)com o advento do novo Código Civil, a teor do artigo 1.626, a mãe do agravante, em razão da adoção, se desvinculou de seus pais e parentes consangüíneos, passando a pertencer à família adotiva para todos os efeitos e fins de direito; c) também o texto da Constituição Federal/88, equiparou os direitos dos filhos adotivos aos legítimos, pelo que a adotada é herdeira dos adotantes; d)com o falecimento de Eulália Aparecida, ocorrido em 05.12.85, o recorrente, seu filho, herda em representação, pelo que deve ser reformada a decisão atacada.

Contra-razões às fls.74/84, salientando as agravadas, preliminarmente: a) inexistência de elemento obrigatório, mais precisamente ausência da certidão de intimação da decisão agravada; b) inobservância do prazo estabelecido no artigo 526 do CPC. No mérito, pleiteiam a manutenção da decisão agravada.

A douta Procuradoria-Geral manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Analiso inicialmente as preliminares suscitadas pelas agravadas.

No tocante à ausência de certidão de intimação da decisão agravada, tenho que razão não assiste às recorridas, pois verifico constar nos autos, à fl. 54-v., a certidão de intimação.

Assim, não acolho esta preliminar.

Em relação à alegação de inobservância do disposto no artigo 526, *caput*, do CPC, tenho que também não merece acolhida. A despeito de argüido pelas recorridas não ter o agravante observado o prazo de três dias para requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, não provaram tal alegação, como determina o mesmo artigo 526, no seu parágrafo único.

De fato, o documento colacionado aos autos pelas agravadas, no intuito de provar a intempestividade ressaltada, ou seja, a consulta fornecida pelo Siscon, fl. 85, não se presta ao fim desejado, sendo impossível extrair dele em qual data o agravante requereu a juntada da cópia do agravo.

Afasto também esta preliminar.

Meritoriamente, entendo que razão não assiste ao agravante.

O vínculo adotivo estabelecido entre a mãe do recorrente e os adotantes, na forma de adoção simples, perdurou da data da adoção, 07.02.1961 a 05.12.1985, quando então ocorreu o falecimento da adotada, Eulália Aparecida. Desta forma, submetida a diversas restrições sucessórias, inclusive do artigo 377 do Código Civil/16, aplicável ao caso em apreço.

Outrossim, a despeito de a Carta Magna de 1988 estabelecer em seu artigo 227, § 6º, a equiparação dos filhos adotivos e naturais, não foi a adoção em apreço alcançada por esta louvável disposição, visto que o óbito da adotada ocorreu em data anterior à promulgação da Constituição Federal, sem que adquirisse, portanto, referido direito.

Manifestamente inadmissível a aplicação do artigo 1.626 do novo Código Civil à presente questão, como pretendeu o agravante, dado o início de sua vigência, dezoito anos após a morte da adotada, conforme sobressai dos autos.

Desta forma, impossível ao agravante herdar por representação à sua genitora, que sequer chegou a ser detentora do direito à herança pleiteada.

Assim sendo, à luz desses argumentos, nego provimento ao agravo.

Custas, pelo agravante, cuja exigibilidade se suspende nos termos da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

ICMS - REMESSA DE SUCATA PARA FINS DE INDUSTRIALIZAÇÃO - RETORNO AO REMETENTE - FATO GERADOR - NÃO-OCORRÊNCIA

- Não incide ICMS na operação de remessa de sucata para fins de industrialização com o retorno ao remetente, pois, neste caso, não ocorre o fato gerador do ICMS, capaz de fazer nascer a obrigação tributária, já que o fato imponível do referido tributo só se verifica com a transferência da posse ou propriedade do bem móvel de uma pessoa para outra, com a mudança de titularidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.005433-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Anulatória de débito fiscal - Embargos do devedor - Cancelamento do auto de infração - Remessa de sucata - Retorno ao remetente - Não-ocorrência de fato gerador de ICMS - Sucumbência. - Mister para que ocorra o fato gerador, capaz de nascer a obrigação tributária, é a transferência da posse ou propriedade do bem móvel de uma pessoa para outra, com mudança de titularidade, sem este fato não há como falar em tributação de ICMS. Se não houve sucumbência por parte do autor,sendo lide delimitada, excluindo-se o item referente ao depósito judicial efetivado, injusta a imposição de pagamento de honorários e custas.

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 PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO E CONFIRMAR A SENTENÇA, QUANTO AO MAIS, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se dos recursos necessário e voluntários, ante a presença dos requisitos exigidos à admissibilidade dos mesmos.

Tratam os autos de ação anulatória de débito fiscal e embargos à execução, aviados pela Elster Medição Água S.A., contra a Fazenda Pública estadual, julgados parcialmente procedentes, com o cancelamento dos autos de infração referentes à remessa de sucata e aproveitamento de crédito, subsistente a penhora para levantamento do valor mantido em favor da Fazenda.

Irresignados, recorrem os vencidos, em 1ª apelação a autora Elster Medição de Água S.A., alegando, em resumo, que a ação anulatória foi proposta para cancelar os itens "2" e "3" do Auto de Infração nº 1.0001137102.98.

Alega a autora que, diante da necessidade de obtenção de certidão negativa de débito fiscal, requereu o depósito do tributo lançado integral, autorizando-se a Fazenda ao levantamento do montante que não fora objeto de discussão.

Anota a ora apelante que a ação não alcançava o lançamento relativo à remessa para a Zona Franca de Manaus, sendo, portanto, *extra petita* a sentença, pois que o pedido se restringiu à anulação do débito objeto da demanda, identificado no item 3 da mesma peça, não tendo sido objeto de discussão o primeiro item do auto de infração, ao contrário, foi reconhecido como corretamente lançado e pago, via depósito judicial.

No mais, alega a apelante que não há como julgar a ação anulatória de débito fiscal improcedente e procedente a execução fiscal.

Quanto aos honorários advocatícios, ainda que se considerasse como parte vencida, a sucumbência seria mínima e, assim, deverá ser aplicado o art. 21 do CPC.

Em 2ª apelação, recorre a Fazenda vencida, aduzindo que a questão se limita a verificar a legitimidade do crédito tributário, por descumprimento de obrigação fiscal.

Alega o apelante que a mercadoria foi remetida para contribuinte em São Paulo, com utilização indevida da suspensão do ICMS, posto que não foi firmado o protocolo entre os Estados, não sendo possível tal operação.

Aduz o apelante que não há como controlar a mercadoria, por impossibilidade de distinguir pela marca, modelo, número e série e não seria mesmo o caso de aplicação da Súmula 166 do STJ, que trata da transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Anota mais, a ora apelante, que não há como utilizar de valor como crédito na escrita fiscal, uma vez que o crédito escritural não se confunde com dívida de valor.

Quanto aos honorários de sucumbência, acrescenta a 2ª apelante, na hipótese de reforma, poderia obedecer ao percentual mínimo de 10%, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

Examinam-se os recursos necessário e voluntários.

Examina-se a preliminar.

A alegação do autor-apelante é a de que a sentença é *extra petita*, pois seu pedido não alcançava o lançamento relativo à remessa para a Zona Franca de Manaus.

Conforme a iterativa jurisprudência, sentença *extra petita* seria nula, por decidir causa diferente da que foi posta em juízo, de natureza diversa do pedido ou a que condena em objeto diverso do que foi demandado (*RT*, 502/169).

Não é, à evidência, o que se deu nestes autos.

A cuidadosa e elaborada sentença de primeiro grau, a demonstrar zelo e dedicação do ilustre Julgador que a proferiu, não decidiu causa diferente, de natureza diversa daquela postulada e nem proferiu condenação em objeto diverso do pedido.

Ao seu exame, observa-se que a sentença deu desate final à pretensão.

Assim, entende-se que a sentença seria, apenas, *ultra petita*, por decidir além do pedido nos autos. Nestas circunstâncias, também, a assentada jurisprudência tem decidido que "*Ao invés de ser anulada pelo tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido*" (STJ - 3ªTurma - REsp nº 29.425-7-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 1º.12.92, *DJU* de 8.2.93).

E ainda:

> Não se anula sentença proferida além dos limites da lide, quando possível corrigi-la no que excedente" (STJ - REsp nº 6.634/PA - 3ª Turma - j. em 19.02.90, Rel. Min. Dias Trindade, em *RT*, 673/181).

E a questão de correção e ou decote do que for eventualmente excedente deverá ser objeto de análise e decisão de mérito, sem o excessivo rigor da nulidade.

Rejeita-se a preliminar.

A primeira questão a ser analisada seria a da ausência ou não de fato gerador do ICMS pela remessa de sucata para fins de industrialização com o retorno ao remetente.

Conforme se sabe, mister para que ocorra o fato gerador, capaz de nascer a obrigação tributária, é a transferência da posse ou propriedade do bem móvel de uma pessoa para outra, com mudança de titularidade; sem este fato não há como falar em tributação de ICMS.

O entendimento encontra respaldo na doutrina de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, (que, em sua obra *ICMS*, 5ª edição, p. 43), que ao se referir ao momento do nascimento da obrigação tributária assim esclarece:

> Salientamos que o fato imponível do ICMS só se completa com a transferência de titularidade da mercadoria. Sem ela, o dever de pagar ICMS não nasce (*ICMS*, 5ª ed., Editora Malheiros, SP, p. 43).

Mais adiante ensina:

> Deveras, só quando há transferência da titularidade das mercadorias (o domínio ou a posse indireta, como exteriorização da propriedade) é que o fato imponível do ICMS se verifica. Do contrário, inocorre a alteração da titularidade da *res*; verifica-se apenas a saída física das mercadorias. Juridicamente falando, é o mesmo que tivessem sido levadas do depósito do estabelecimento para a vitrina. Ninguém cogitaria, na hipótese, de ocorrência de operação mercantil, apta a ensejar a cobrança de ICMS. Convém dizermos, a respeito, que, no direito brasileiro, o contrato de compra e venda, ainda que perfeito, não transfere a propriedade das coisas móveis (cf. art. 1.122 do Código Civil). Isto só se dá com a tradição, isto é, com a entrega da *res vendita* (obra citada, p. 44/45).

A perícia concluiu que o autor enviou a mercadoria - sucatas as quais após derretidas formaram peças de lingote de latão. Constatou-se que as notas fiscais faturas de remessa e de devolução, remetidas pela empresa anteriormente, discriminavam as mesmas quantidades e valores de limalha de latão, enviados anteriormente pelo autor e que tal não pode ser caracterizado como fato gerador de tributo ICMS.

Entretanto, houve cobrança do imposto quando da remessa, originando, assim, um crédito, que ao final será acrescido ao crédito gerado na compensação quando do retorno do material industrializado.

Diante destas considerações, forçoso é concluir, que não incide o tributo e que ocorreu, efetivamente, o pagamento do ICMS em dobro, indevidamente.

Observa-se que, no decorrer do processo, diga-se remessa e retorno, houve cobrança indevida, nascendo na compensação efetivada um crédito, originário do pagamento dos autos de infração já mencionados.

O autor apelante demonstrou à saciedade que efetivamente ocorreu o pagamento do débito, bem como não houve fato gerador da obrigação tributária referida no item 2 dos embargos e também da ação anulatória.

Assim, como não se discutiu nem na ação anulatória, nem nos embargos à execução a questão sobre "remessa" de mercadorias para a Zona Franca de Manaus sob indevida isenção, as ações são inteiramente procedentes, e não apenas parcialmente, conforme se conclui, devendo a sucumbência ser atribuída à Fazenda.

Concluindo, procedentes a ação anulatória e os embargos, a execução persistiria apenas quanto ao item não impugnado.

Acrescenta-se que, se não houve sucumbência por parte do autor, sendo lide delimitada, excluindo-se o item referente ao depósito judicial efetivado, injusta a imposição de pagamento de honorários e custas.

Com tais razões, no reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, para julgar inteiramente procedentes a ação anulatória e os embargos nos limites de suas pretensões e impondo-se os ônus de sucumbência, conforme estabelecidos, à Fazenda, no percentual de 5% sobre os valores ora excluídos pela ação anulatória. Prejudicados os recursos voluntários.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO E CONFIRMARAM A SENTENÇA, QUANTO AO MAIS, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ALIMENTOS - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR - INADIMPLÊNCIA CARACTERIZADA - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO

- Em sede de *habeas corpus*, somente cabe examinar a licitude da obrigação, o direito e a razão da plausibilidade do recurso. Se a alimentada busca o seu crédito, que, na impontualidade, na execução, não foi atendido, a prisão civil administrativa, que no direito pátrio guarnece as hipóteses da inadimplência alimentar, se impõe, não podendo ser concedida a ordem de *habeas corpus* pretendida, restando prejudicados os temas da idade do filho, ou de possibilidade de composição, que devem vir em ação própria.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.402209-5/000 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

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 ORDEM, CASSANDO A LIMINAR.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Este presente *habeas corpus* visa desconstituir decreto de prisão por inadimplência de obrigação alimentícia. O direito exercido pela alimentada é inconteste.

Entretanto, se eu fosse o juiz da causa, teria criado oportunidade de encontro entre as partes, oportunidade que poderia caminhar para solução do problema.

Se eu fosse o alimentante, teria - há muito tempo - entrado com uma ação revisional ou exoneratória se a alimentada, sua filha, com 24 anos de idade, tivesse condições de trabalhar ou estudar e trabalhar somente.

Se eu fosse a alimentada, teria aceitado a oferta de seu pai, paralela à obrigação assumida, desde que sob a permanência de que tal parcelamento fosse homologado sob a reserva da reedição do decreto de prisão.

Deixo, entretanto, o registro de que não adentrarei a questão moral do fato porque a medida pleiteada refoge deste campo.

Só nos cabe examinar a licitude da obrigação, o direito e a razão da plausibilidade do recurso.

A alimentada busca o seu crédito, que na impontualidade, na execução, não foi atendido, e a prisão civil administrativa, no direito pátrio, é que guarnece as hipóteses da inadimplência alimentar (o caso em espécie) e a do depositário infiel.

Dentro destes severos limites, com a anuência ministerial, denego a ordem, cassando-se a liminar.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, CASSANDO A LIMINAR.

-:::-

ALIMENTOS - EXECUÇÃO - ACORDO CELEBRADO ENVOLVENDO PARCELAS PRETÉRITAS E VINCENDAS - DESCUMPRIMENTO PELO DEVEDOR - PRISÃO CIVIL - POSSIBILIDADE

- Tratando-se de ação de execução de alimentos, não constitui constrangimento ilegal a decretação de prisão por dívida alimentar pretérita, mormente quando é injustificável a desídia do devedor em quitar suas obrigações, tendo descumprido acordo celebrado. O caso concreto é que determinará a possibilidade ou não da prisão, já que inexiste regra cogente vinculativa no sentido de fixá-la no limite temporal de débito alimentar por 3 (três) meses.

AGRAVO Nº 352.313-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NEPOMUCENO SILVA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Alimentos - Execução - Acordo celebrado pelo devedor envolvendo parcelas pretéritas e vincendas à sua celebração - Descumprimento - Prisão Civil - Possibilidade - Recurso desprovido. - Não constitui constrangimento ilegal a decretação de prisão por dívida alimentar pretérita, mormente quando é injustificável a desídia do devedor em quitar suas obrigações. A análise do caso concreto é que determina a possibilidade, ou não, da prisão, não havendo regra cogente vinculativa no sentido de estabelecê-la no limite temporal de débito alimentar por 3 (três) meses.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por V.R.S., contra decisão interlocutória (fl. 49-TJ), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara de Família da Capital, nos autos da execução de alimentos ajuizada, ali, por F.Z.R, representado por sua mãe A.P.Z. (agravado), a qual decretou a prisão civil do agravante pelo prazo de 01 (um) mês, podendo ser elidida com o pagamento do débito.

Às expendidas razões, colima o agravante o provimento do presente agravo, buscando o efeito suspensivo para os fins de reverter aquele comando interlocutório.

Distribuído no plantão de julho/2003, o eminente Desembargador Aluízio Quintão indeferiu o colimado efeito suspensivo (fls. 53 e 53-v.-TJ).

Após a redistribuição, intimado, quedou-se inerte o agravado em sua resposta, conforme certidão (fl.62-TJ), advindo parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 64/68-TJ), opinando pelo provimento do recurso.

Este o relato, no essencial.

Ausentes preliminares, passo ao exame de mérito do agravo.

A exordial, onde a decisão agravada foi proferida, é uma execução de alimentos, onde o eminente Julgador monocrático decretou a prisão civil do agravante, pelo prazo de 01 (um) mês, com possibilidade de ser elidida com o pagamento do débito.

Incensurável, *data venia*, a r. decisão recorrida.

Explico.

A Constituição Federal de 1988 admite, expressamente, a prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia (artigo 5º, inciso LXVII).

No mesmo sentido, o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 5.478, de 25.07.1968, que dispõe sobre ação de alimentos, e o artigo 733 do CPC, este reproduzido, *verbis*:

> Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
>
> § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.
>
> § 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
>
> § 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Na lição de YUSSEF SAID CAHALI (*Dos Alimentos*, 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.024), assevera-se que:

> Em realidade, embora por vezes tenhamos decidido em nossos julgados, atendendo às circunstâncias do caso concreto, que as prestações alimentícias pretéritas (especialmente quando se trata de diferenças posteriormente reclamadas), atingindo montantes expressivos que inviabilizariam a execução voluntária, ou recusado o seu parcelamento (também criação pretoriana), somente poderiam ser reclamadas por via do processo executivo do art. 732 do CPC, sempre consideramos, em tese, e na linha de antigo entendimento do STF, que 'os débitos atrasados, valor de pensões alimentícias, não perderam, por força do inadimplemento de obrigações de prestar alimentos, o caráter da causa de que provieram. Os efeitos, quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. A dívida continua sendo de alimentos; não de outro caráter ou natureza'; deduzindo-se daí que, tendo, tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, 'nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é a medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação alimentar' (STF, 2ª Turma, 05.03.1982, *RTJ*, 101/179 e *RT*, 574/282).

E arremata o ilustre Mestre:

> (...) não podendo o devedor beneficiar-se de sua própria relapsia, desde que não tenha promovido *opportuno tempore* ação exoneratória do encargo alimentar, é legítima a sua prisão administrativa se não justificada a impossibilidade de efetuar o pagamento do débito (CPC, art. 733, *in fine*); aliás, a se entender de outro modo, estar-se-ia criando um instrumento de estímulo à benefício do inadimplente que, logrando prolongar-se no descumprimento de sua obrigação, lograria transformá-la em prestações pretéritas e vultosas, pondo-se a salvo da execução fundada no art. 733.

Daí por que, aceitável o entendimento pretoriano dominante, recomenda-se certo comedimento na sua aplicação após a análise das circunstâncias apuradas em cada caso concreto, de modo a não converter o maturado e abusivo devedor relapso em simples 'vítima', não transformando portanto o enunciado jurisprudencial em regra absoluta (ob. cit., p. 1.025).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça, vem a lume, *verbis*:

> Execução de alimentos - Forma de processamento - CPC, arts. 732/733 - Dívida pretérita - Cominação de prisão - Possibilidade - Caso concreto - Recurso provido.
>
> - I. Nos termos da jurisprudência que veio a firmar-se nesta Corte, em princípio apenas na execução de dívida alimentar atual, quando necessária a preservação da sobrevivência do alimentando, se mostra recomendável a cominação de pena de prisão ao devedor. Em outras palavras, a dívida pretérita, sem capacidade de assegurar no presente a subsistência do alimentando, é insusceptível de embasar decreto de prisão.
>
> - II. Em linha de princípio, doutrina e jurisprudência admitem a incidência do procedimento previsto no art. 733, CPC, quando se trata de execução referente às últimas três (3) prestações, com cobrança da 'dívida pretérita' pelo rito do art. 732, CPC (execução por quantia certa).
>
> - III. Têm-se por 'dívidas pretéritas' aquelas anteriores a sentença ou a acordo que as tenha estabelecido, não se confundindo com o inadimplemento das que foram firmadas, não sendo razoável favorecer aquele que está a merecer a coerção pessoal.
>
> - IV. No caso concreto, havendo injustificável desídia do devedor em quitar suas obrigações, admissível a decretação da ordem prisional em relação a todo o débito cobrado. (STJ, 4ª Turma, REsp nº 140.876-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 1º.12.1998, *DJ* de 15.03.1999, p. 231).

A jurisprudência entende, então, que a ordem prisional somente se justifica na hipótese de cobrança das 3 (três) últimas parcelas em atraso (STJ, R*HC* nº 6.321-SP e R*HC* nº 6.329-RJ, relatados pelos Ministros Fernando Gonçalves e Felix Fischer, respectivamente).

Entretanto, tal ótica pretoriana não é vinculante, devendo-se analisar caso a caso, segundo sua própria moldura.

O agravante sustenta que "não pode, legalmente, ser preso antes de esgotadas todas as medidas legais cabíveis para o adimplemento da obrigação". Aduz que vem adimplindo as obrigações com o agravado, requerendo provar isto em audiência de justificação, antes de lhe ser cominada qualquer penalidade, incluída a oitiva do alimentado, o quê não foi atendido pelo ilustre Julgador primevo.

Muito embora seja objeto do processo de execução de alimentos um número maior do que apenas 3 (três) prestações vencidas e não pagas, é imperioso registrar que o agravante sequer efetuou o pagamento das três últimas. Além disto, descumpriu o acordo judicial celebrado, anteriormente, deixando de trazer aos autos qualquer justificativa plausível a justificar sua desídia e isto, por si só, torna possível, legal e recomendável sua prisão nos termos do §1º do art. 733 do CPC.

Destarte, não há, *data venia*, falar em inobservância do *due process of law*. A custódia do executado-agravante, decretada pelo douto Magistrado, ante o inadimplemento do acordo, quer em relação aos alimentos pretéritos, quer quanto aos vincendos ao ajuste, não se constitui em nenhuma ilegalidade, como se constata dos julgados do STJ e STF, adiante colacionados, *verbis*:

> a) *Habeas corpus* - Prisão civil - Alimentos. - Se o processo de execução de alimentos é suspenso por força de acordo entre as partes, o inadimplemento deste autoriza o restabelecimento da ordem de prisão anteriormente decretada, independentemente de nova citação do devedor; basta a intimação do respectivo procurador. - *Habeas corpus* denegado. (STJ, 3ª Turma, *HC* nº 16.602-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, j. em 07.08.2001, *DJ* de 03.09.2001, p. 219.)
>
> b) *Habeas corpus* - Prisão civil - Dívida de alimentos - Descumprimento de acordo firmado entre alimentante e alimentada - Constrangimento ilegal - Inocorrência - Denegação.
>
> - I. Se houve transação entre alimentante e alimentanda sobre verbas alimentares já fixadas em sentença, resta descaracterizada a dívida pretérita, tornando cabível a prisão.
>
> - II. Se a prisão se fundou no descumprimento de parte desse acordo firmado para pagamento da verba alimentar, ainda que referente a período anterior, inocorre ilegalidade. - (STJ, 4ª Turma, *HC* nº 11.919-PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 25.04.2000, *DJ* de 05.06.2000, p. 161.)
>
> c) Civil - Alimentos não pagos e superveniência de acordo que não quitou débito vencido. - O acordo, em que ficou assumido por confissão o débito vencido, não lhe retira a natureza de débito de alimentos, e, ainda que tornando quantia líquida, não se transforma em dívida de dinheiro.
>
> - Prisão por dívida de alimento. - Não tem a finalidade coativa de execução, é dado que a lei lhe fixa o prazo e proíbe a reiteração, é repressão punitiva.
>
> - Cabe decretar a daquele que recusa o cumprimento por espírito emulativo, escudando-se em razões jurídicas de artimanha.
>
> Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento. (STF, 1ª Turma, *HC* nº 59.170-RJ, Relator Ministro Clóvis Ramalhete, j. em 11.12.1981, *DJ* de 26.03.1982, p. 2.561.)

Com tais expendimentos, rogando vênia, nego provimento ao agravo.

Custas recursais, pelo agravante, suspensa, contudo, a exigibilidade, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Manuel Saramago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - PAGAMENTO - EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO - DISPENSA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR - LEI Nº 10.259/01 - DESPACHO - PRECLUSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA

- Se o despacho que ordena o pagamento por meio de precatório não modifica questões de direito já decididas, mas apenas determina um outro meio para a quitação dos créditos, não há que se falar em preclusão.

- Consoante o disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC nº 30/00, tratando-se de pagamento de obrigações de pequeno valor, assim definidas pela Lei nº 10.259/01, dispensa-se a expedição de precatório.

AGRAVO Nº 346.718-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Pagamento de honorários de advogado - Ausência de expedição de precatórios - Possibilidade - Pequenos valores - Emenda constitucional nº 30/00 - Inteligência do art. 17º, § 1º, da Lei nº 10.259/01. - Tratando-se do pagamento de obrigações de pequeno valor, a exigência da expedição de precatório se torna dispensável, segundo o dispositivo legal do art. 100, § 3º, da CF 88, com a redação que lhe deu a EC nº 30/2000. A definição do que seja pequeno valor foi dada, taxativamente, pela Lei nº 10.259/01 (no tit. Juizados Especiais, int.), no seu art. 17, § 1º. Não se há falar em preclusão de despacho que determina o pagamento através de precatório.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do ilustre Juiz *a quo* que, às fls. 22-24 - TJ, determinou ao agravante que efetuasse o pagamento dos honorários advocatícios devidos aos agravados, independentemente da expedição de precatórios.

Inconformado, sustenta o agravante, em preliminar, que, tendo sido a referida decisão atacada publicada em 20.03.03, bem como considerando que os agravados não interpuseram sobre aquela recurso no prazo legal, preclusa restaria a discussão das questões nela debatidas, razão pela qual o i. Magistrado *a quo* não poderia modificá-la como o fez, pelo que ofendidos restaram os arts. 162, § 2º, 471, 473 e 522 do CPC.

No mérito, afirma o agravante que, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 30, continua ao menos inaplicável ao Estado de Minas o § 3º do art. 100 da Constituição da República, posto que, em face da ausência de norma legal disciplinadora do procedimento a ser seguido, não há como dispensar, mesmo para as obrigações de pequeno

valor, o regime dos precatórios, ao menos até que a lei supra tal lacuna.

O il. Desembargador Schalcher Ventura, em regime de plantão, às fls. 29 e 29 v.-TJ, concedeu o efeito suspensivo à decisão agravada.

À fl. 37-TJ, foi ratificada a decisão do ilustre Desembargador plantonista.

Os recorridos, às fls. 44-48-TJ, inconformados com o despacho de fls. 29-29-v.-TJ, interpuseram agravo regimental.

Ao fundamento de não haver previsão regimental e nem processual para decisão que nega ou concede efeito suspensivo a agravo de instrumento, o referido agravo regimental não foi conhecido, já que manifestamente inadmissível (fls. 56/57-TJ).

À fl. 128-TJ, verifico que decorreu o prazo legal sem que fosse oposto recurso de qualquer natureza ao acórdão de fls. 56/57-TJ.

Conheço do recurso, já que presentes se fazem nos autos os requisitos legais para a sua admissibilidade.

Preliminar - Preclusão da decisão agravada.

Inicialmente, com relação ao argumento de que preclusa restaria a discussão contida na decisão que determinou a expedição dos precatórios para o pagamento dos honorários advocatícios em questão, tenho por mim que o mesmo não merece acolhida.

Dispõe o art. 473 do CPC que "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Assim, observo que a r. decisão atacada não modificou questões de direito já decididas, mas tão-só determinou um outro meio para que o pagamento dos créditos ora em discussão fossem realizados.

Por outro lado, ao contrário do que sustenta a combativa Procuradora do Estado, não se há falar aqui em preclusão, já que houve apenas despacho anterior, do ilustre Juiz, e não decisão, em sentido estrito. Assim, poderia agir o douto Juiz como fez.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Tratam os autos de agravo interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que determinou o pagamento da verba honorária sem expedição de precatório.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os agravados são advogados que, por haverem logrado êxito na interposição de recurso de apelação para as autoras da lide, tornaram-se credores da quantia de R$ 2.131, 97 (dois mil, cento e trinta e um reais e noventa e sete centavos) a título de honorários advocatícios.

Em 22.04.03, requereram os agravados que o pagamento de seu crédito se desse independentemente da expedição de precatórios, como antes determinado, com base na Emenda Constitucional nº 30/00, tendo sido este pedido acolhido.

Contudo, inconformado com a referida decisão, o Estado-agravante interpôs o presente recurso de agravo, mas, a meu sentir, sem razão.

De plano, verifico que a hipótese dos autos se enquadra na definição legal do art. 100, § 3º, com a redação que lhe deu a EC nº 30/00, dispensando a expedição de precatório quando o pagamento da obrigação for de pequeno valor.

Adiante, observo também que a definição do que seja pequeno valor foi dada, taxativamente, pela Lei nº 10.259/01 (no tit. Juizados Especiais, int.), no seu art. 17, § 1º, que assim estabeleceu:

> Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art.3º, *caput*), *ou* seja, sessenta salários mínimos.

Assim, dúvida não resta sobre a aplicação de tal dispositivo, vez que os honorários reclamados somam R$ 2.131, 97, sendo, portanto, de pequeno valor, não se enquadrando no sistema de precatórios judiciais.

Com tais razões, nego provimento ao agravo e mantenho a decisão agravada, por estes e por seus próprios fundamentos.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

SÚMULA - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

LICITAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE SIMPLES FORMALIDADE DO EDITAL - IRRELEVÂNCIA - INABILITAÇÃO DO LICITANTE - IMPOSSIBILIDADE

- O descumprimento pelo licitante de simples formalidade exigida no edital, passível de ser sanada mediante o cumprimento de diligência que poderia ser determinada pela comissão de licitação, não constitui fundamento jurídico satisfatório para a decretação da inabilitação do licitante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 350.689-6/00 - Comarca de Mateus Leme - Relator: Des. MACIEL PEREIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Processo de licitação - Descumprimento de simples formalidade de edital - Denegação da ordem - Sentença confirmada. - O descumprimento, pelo licitante, de simples formalidade exigida no edital e passível de ser sanada mediante o cumprimento de diligência que poderia ser determinada pela comissão de licitação, não constitui fundamento jurídico satisfatório para a decretação da inabilitação do licitante.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Maciel Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maciel Pereira - Conheço do recurso de apelação por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eumartur Ltda. contra a sentença de fls. 52/61-TJ, proferida nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Sr. Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Juatuba.

O ilustre Juiz de primeiro grau não verificou a existência de direito líquido e certo e denegou a ordem, condenando a impetrante no pagamento das custas judiciais.

Inconformada, a apelante pleiteia a reforma da decisão alegando que, sendo o edital a lei da licitação e havendo descumprimento à norma nele prevista, deveria a proposta que a desrespeitou, e vencedora do certame, ser desclassificada, a teor do que dispõe o inciso I do art. 48 da Lei nº 8.666/93, sob pena de infringir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Requer que seja concedida a segurança.

Contra-razões às fls. 72/76-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer ministerial de fls. 84/89, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

O art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que:

> A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)
>
> § 3º É facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Entendo que o fato de um dos licitantes não ter apresentado a documentação dentro da estrita formalidade prevista no edital, não é caso para inviabilizar sua habilitação, ensejando a sua desclassificação e conseqüente classificação do impetrante.

A ausência da data da validade da proposta, que poderia ser dirimida com uma simples diligência por parte da Administração, não é fator impeditivo para a classificação da empresa tida como não cumpridora das normas do edital, não favorecendo o licitante omisso e em nada prejudicando a impetrante ou o próprio Município de Juatuba.

Como bem salientado pelo nobre Colega, sentenciante de primeiro grau, o edital não permitia a formulação de propostas com prazo inferior a 30 (trinta) dias e, ausente menção expressa nesse sentido, concluo que a mesma possui a validade mínima exigida.

Outro aspecto a ser observado é que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretá-lo, buscando-lhe o sentido e a compreensão e excluindo cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei, e cujo excessivo rigor possa afastar, do certame, possíveis concorrentes.

Ressalto que, juridicamente, é possível a juntada de documento meramente para explicar e complementar outro preexistente, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.

Em que pese a formalidade na justa medida, necessária ao procedimento de licitação, não pode este desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes, por excesso de formalismo. Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, como bem observou a douta Procuradora de justiça, Drª Maria da Conceição de Assunpção Mello.

> O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - ÓBITO - ERRO NA *CAUSA MORTIS* - RETIFICAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - CARÁTER ADMINISTRATIVO - PRODUÇÃO DE PROVAS - ADMISSIBILIDADE

- Uma vez constatada a existência de erro no registro de óbito, é possível a sua retificação, nos termos do disposto no artigo 109 da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos. Embora o procedimento de jurisdição voluntária tenha caráter administrativo, o magistrado pode propiciar à parte requerente a produção de provas visando à demonstração da verdade de suas alegações e à retificação de registro de óbito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.819-0/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Retificação de registro de óbito - Demonstração de erro da *causa mortis* - Necessidade de produção de prova - sentença cassada. - Não obstante o caráter administrativo do procedimento de jurisdição voluntária, pode o magistrado propiciar à parte requerente a produção de provas visando à demonstração da verdade de suas alegações. Acolhida preliminar, cassa-se a sentença.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de outubro de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia que, nos autos da ação de retificação de registro movida por Donizete Francisco de Araújo, extinguiu o feito, sem análise de mérito, *ex vi* do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil.

Sustenta o apelante que a documentação acostada aos autos comprova que o *de cujus* teve uma parada cárdio-respiratória. Alega ser impossível que uma pessoa internada com atendimento consignado em prontuário médico tenha *causa mortis* indeterminada em sua certidão de óbito.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para sua admissão.

Pretende o apelante a retificação do registro de óbito de sua esposa, falecida em 12.01.2002, visando à correção e ao recebimento de pensão previdenciária, seguro de vida e à quitação de imóvel da Caixa Econômica Federal.

O MM. Julgador extinguiu o feito, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

Como se sabe, uma vez constatada a existência de erro no registro de óbito, é possível a sua retificação, nos termos do disposto no artigo 109 da Lei de Registros Públicos.

Na hipótese, a documentação de fls. 11/13-TJ demonstra que o *de cujus* foi recebido no Hospital com parada cárdio-respiratória, o que pode ser corroborado pela declaração de fls. 21, assinada pelo Diretor Clínico Sávio de Moraes.

Porém, constou na declaração de óbito, fls. 10, que o falecimento ocorreu por *causa mortis* "indeterminada".

Os elementos carreados nos autos, por outro lado, não são capazes de demonstrar de forma segura a verdadeira causa da morte da esposa do recorrente.

Assim, não obstante o caráter administrativo do procedimento de jurisdição voluntária, pode o magistrado propiciar à parte requerente a produção de provas visando à demonstração da veracidade de suas alegações.

Portanto, considerando que o registro de óbito é tão importante quanto o de nascimento e deve expressar a verdade, e, ainda, que o apelante pugnou pela produção de provas em sua exordial, fls. 05-TJ, acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça para cassar a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

Custas, ex lege.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTAS APROVADAS PELA CÂMARA - DANOS AO ERÁRIO - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEI Nº 8.429 92 - AJUIZAMENTO DA AÇÃO E PROFERIMENTO DA SENTENÇA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 10.628 02, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 84 DO CPP - INAPLICABILIDADE DAS SUAS DISPOSIÇÕES - COMPETÊNCIA DE FORO - JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - DEVER DE INDENIZAR INDEPENDENTEMENTE DE DOLO OU CULPA NA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO - INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO JUIZ COM BASE EM PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS - POSSIBILIDADE

- As disposições da Lei nº 10.628/02 não se aplicam aos casos em que a ação de ressarcimento de danos por improbidade administrativa tenha sido proposta perante juízo de primeiro grau e proferida a sentença antes da sua edição.

- Nas ações de ressarcimento de danos por ato de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/92, em que o pedido envolva a defesa do erário, a competência em primeiro grau será sempre dos juízes singulares, da mesma forma que ocorre com as ações populares com o mesmo objetivo. Não se deve acolher a competência imposta ao Tribunal de Justiça pelo § 2º, acrescido ao artigo 84 do CPP pela Lei nº 10.628/02, eis que manifestamente inconstitucional a ampliação da competência dos tribunais estaduais e superiores por meio de mera alteração do Código de Processo Penal.

- A aprovação das contas do prefeito municipal liga-se diretamente a números, entretanto nada impede que a ética do administrador seja posta judicialmente em discussão pelo representante do Ministério Público.

- Os prejuízos advindos da prática de atos de improbidade administrativa devem ser ressarcidos, independentemente de o agente ter agido com dolo ou com culpa. A Administração Pública não pode arcar com os danos advindos da conduta culposa de seus agentes.

- A iniciativa probatória do juiz é ato reservado a seu critério, quando entender indispensável ao desate da lide, nas hipóteses de alta indagação ou grande complexidade, não lhe sendo exigível que o faça quando tal dever competia à parte que não o fez. Havendo elementos suficientes a embasar a decisão, nada impede que o julgador o faça, com base nas provas trazidas aos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.713-2/00 - Comarca de Areado - Relator: Des. SHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Improbidade administrativa - Contas aprovadas pela câmara - Legitimidade ativa do Ministério Público - Indenização arbitrada pelo juiz - Possibilidade - Danos comprovadamente causados ao erário - Dever de indenizar, independentemente de dolo ou culpa - Condenação imposta nos moldes legais.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2003. - *Schalcher Ventura* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Eber Carvalho de Melo.

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Antônio Sérgio R. de Paula.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Peço que os autos sejam retirados de pauta.

Súmula: RETIRADO DE PAUTA COM CONCLUSÃO PELO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Eber Carvalho de Melo.

O Sr. Presidente Des. Schalcher Ventura - O julgamento deste feito foi retirado de pauta na sessão de 22.05.2003, a meu pedido, após sustentação oral, com a conclusão dos autos.

Passo a proferir o meu voto.

Conheço dos recursos.

Trata-se de ação ordinária de ressarcimento de dano causado por atos de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Timótheo de Souza Netto, ex-Prefeito do Município de Alterosa.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu como incurso na prática dos atos de improbidade administrativa, impondo-lhe a obrigação de ressarcir integralmente o dano causado ao Município de Alterosa-MG, no importe de R$17.800,00, cominando, ainda, a título de multa civil, a importância de 25% sobre o valor dos danos a serem ressarcidos. Por fim, proibiu o réu de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos.

Não se conformando, o réu e o Município de Alterosa recorreram. Aquele argúi preliminar de nulidade da sentença por ilegitimidade do Ministério Público. No mérito, alega que o valor atribuído às estátuas faltantes, a ser restituído, foi arbitrado de forma excessiva e sem qualquer embasamento; pede a realização de perícia nas estátuas, a fim de se obter com precisão o valor das obras que não foram realizadas. Entende precipitada, também, a condenação ao ressarcimento da importância de R$15.000,00, por não haver nos autos a lei a fim de certificar da existência ou não de dotação orçamentária e subvenção específica.

Por sua vez, o Município de Alterosa alega que as obras contratadas e pagas não foram efetivamente realizadas. Diz ser necessária realização de perícia para se aferir o real valor das obras de arte. Pede a revisão da sentença para condenar o réu, também, pelos danos causados pela contratação do Cantor Fernando Ângelo (item 3); no que respeita ao item 4, entende que a sentença deve ser reformada para condenar o requerido ao ressarcimento ao erário da totalidade do pedido ou, pelo menos, para baixar os autos em diligência a fim de ser realizada perícia para obtenção dos valores devidos. Pede, ainda, elevação da multa aplicada ao réu para o percentual de 200%.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos (fls. 353/365).

Em sustentação oral, o Dr. Eber Carvalho de Melo argúi preliminar de nulidade do processo em virtude da edição da Lei 10.628/02. Aduz que, após a entrada em vigor da referida lei, as ações de improbidade administrativa de que trata a Lei 8.429/92 serão propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro, em razão do exercício de função pública.

Preliminar de incompetência de foro.

Deixo de acolher a preliminar argüida da Tribuna, pelo Procurador do apelante, por verificar

inaplicáveis à espécie as disposições contidas na Lei 10.628/02.

Isto porque, *in casu*, a ação de ressarcimento de danos ao erário foi proposta perante o juízo de primeiro grau em novembro de 1999, tendo a sentença sido proferida em março de 2001, sendo que a Lei 10.628, que alterou o art. 84 do CPP, somente entrou em vigor em dezembro de 2002, isto é, em data posterior à prolação da sentença, não se aplicando, portanto, nesta hipótese as disposições da referida lei.

Ademais, cumpre salientar que a modificação de competência procedida pela Lei 10.628/2002 tem gerado muita polêmica, já sendo alvo de argüição de inconstitucionalidade, em tramitação junto à Suprema Corte (ADIN 2.797-2), ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, com parecer da Procuradoria-Geral da República pelo acolhimento parcial do pedido.

Tenho que não devemos acolher a competência imposta a este Tribunal pelo § 2º da Lei 10.628/02, eis que manifestamente inconstitucional a ampliação da competência dos tribunais estaduais e superiores por meio de mera alteração do Código de Processo Penal. Nas ações de improbidade fundadas na Lei 8.429/92, em que o pedido envolva a defesa do erário, a competência em primeiro grau será sempre dos juízes singulares, da mesma forma que ocorre com as ações populares com o mesmo objeto.

A Constituição Federal é expressa ao estatuir que a competência dos Tribunais de Justiça será definida na Constituição do Estado. Tanto é assim, que o STF considerou revogados os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura, que dispunha sobre a competência dos tribunais estaduais (*HC* 77.583-1-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 18.9.98, p. 7).

Rejeito.

Preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

A análise das contas do Prefeito Municipal, realizada pela Câmara, com parecer do Tribunal de Contas, envolve questões relativas ao conteúdo financeiro apresentado na gestão municipal. Naturalmente, não poderá o Tribunal de Contas verificar se o serviço contratado foi ou não realizado, no caso específico, se o restante das estátuas contratadas foram ou não entregues. Dentre tantas contas, até mesmo a Câmara pode ter deixado de observar que parte da obra contratada deixou de ser realizada. Em suma, a aprovação das contas, a meu aviso, liga-se diretamente a números, não impedindo que a ética do administrador seja posta em discussão, judicialmente, como no caso destes autos.

Ademais, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Rejeito esta preliminar.

Mérito.

Para melhor compreensão, tendo em vista que as partes discutem as mesmas questões, procedo à análise de ambas as apelações, conjuntamente.

Quanto ao pedido de baixa dos autos em diligência para realização de perícia técnica, não vejo razão para tal questionamento.

As dez peças artísticas encomendadas constituíam-se de personagens bíblicos em esculturas de concreto armado, contratadas pelo valor total de R$7.000,00. Conforme demonstram os autos, das dez estátuas contratadas, somente seis foram efetivamente entregues, embora o executor das obras tenha recebido o valor integralmente (fls. 46 e 225).

Na ausência de outros elementos de prova, o il. Julgador atribuiu determinado valor a cada peça faltante (R$700,00 a unidade), levando em conta os aspectos físicos da obra e os valores atribuídos às demais já realizadas, tudo com base no valor contratado inicialmente. Nada há de excessivo ou irreal no valor por ele arbitrado, pelo que deve permanecer.

Por certo que o valor a ser restituído deve ser tão-somente aquele relativo às peças que não foram entregues, pois aquelas que comprovadamente o foram não podem ser cobradas do réu, a despeito de qualquer irregularidade constatada, uma vez que já integram o patrimônio da Municipalidade.

Alega o réu que sua conduta não foi dolosa, pois, embora tenha pago antecipadamente os serviços, representou contra o contratado junto à Delegacia Local. Ocorre, porém, que os prejuízos advindos da prática de atos de improbidade administrativa devem ser ressarcidos, independentemente de dolo ou culpa do agente. O Poder Público não pode arcar com danos em virtude da conduta culposa do ex-Prefeito, que, ao agir de forma imprudente, causou, efetivamente, o dano ao erário.

A condenação ao ressarcimento da importância de R$15.000,00 ocorreu com base nas provas existentes nos autos. Não está o juiz obrigado a determinar a juntada de documentos elucidatórios da questão, quando tal dever competia à parte que pretende provar os fatos alegados ou exercer sua defesa. A iniciativa probatória do juiz é ato reservado a seu critério, quando entender indispensável ao desate da lide, nas hipóteses de alta indagação ou grande complexidade, não lhe sendo exigível que o faça quando tal dever competia à parte, que não o fez, oportunamente. Havendo elementos suficientes a embasar uma decisão, nada impede que o julgador o faça, com base nas provas trazidas aos autos.

Conforme se vê às fls. 38/40, muito embora na nota de empenho conste o valor de R$35.000,00 destinado ao patrocínio da X Festa do Peão de Boiadeiro de Alterosa, o Sindicato Rural de Alterosa recebeu apenas a importância de R$15.000,00 a esse título, não havendo nos autos qualquer outro comprovante de pagamento feito ao Sindicato para a mesma festividade. Portanto, somente este valor deve ser exigido do réu para reembolso aos cofres públicos.

No tocante à contratação do cantor Fernando Ângelo, conforme bem mencionou o il. Julgador, os fatos alegados carecem de elementos de prova para se imputar ao réu ato de improbidade administrativa neste caso. É que, segundo descrito na inicial, a contratação do cantor configurou ato de improbidade administrativa pelo fato de ter sido cobrado ingresso dos participantes, *não tendo sido esclarecido* se a renda foi contabilizada para os cofres públicos ou se foi utilizada para alguma finalidade ilícita (fl. 3). Ora, se não restou comprovado o desvio do dinheiro arrecadado no evento, não serve tal alegação para sustentar o pedido de condenação ao ressarcimento. Somente com elementos de prova seguros podem ser imputados a alguém a prática de atos ilegais, sob pena de afronta ao princípio legal da presunção de inocência, até prova em contrário.

Por fim, o pedido de elevação da multa civil para 200%, a meu ver, não procede. O objetivo da penalidade civil é coibir a prática de atos ilegais, não devendo ser tão excessiva, que inviabilize o próprio pagamento. Além da multa civil, foi o réu penalizado com a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos, não havendo razões que justifique a elevação da condenação imposta pelo MM. Juiz *a quo*.

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Sr. Presidente. Quero registrar a recepção de um memorial subscrito pelo Dr. Luiz Carlos Telles de Castro. Por oportuno, também saliento que recebi memorial subscrito pelo Dr. Eber e pela Dr.ª Cantilina.

Estou de acordo com o Relator.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Sr. Presidente. Registrando igualmente o recebimento de memorial subscrito pelo Dr. Eber e pela Dr.ª Cantilina, manifesto meu voto em concordância com o de V. Exª.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

ICMS - IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA - VEÍCULO AUTOMOTOR PARA USO PRÓPRIO - BEM IMPORTADO POR PESSOA FÍSICA - NÃO-INCIDÊNCIA

- A importação de veículo por particular para uso próprio não conduz à incidência do disposto no art. 155, § 2º, inciso IX, *a*, da Carta Magna, pois o dispositivo constitucional vincula o fato gerador à existência de estabelecimento comercial ou industrial, bem como ao requisito da habitualidade. O colendo Supremo Tribunal Federal encerrou a matéria, definindo que a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 350.545-0/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Constitucional e tributário - ICMS - Desembaraço aduaneiro - Veículo automotor - Pessoa física - Não-incidência. Encerramento da matéria pelo colendo Supremo Tribunal Federal. - A importação de veículo por particular para uso próprio não conduz à incidência do disposto no art. 155, § 2º, inciso IX, *a*, da Carta Magna, pois o dispositivo constitucional vincula o fato gerador à existência de estabelecimento comercial ou industrial, bem como do requisito da habitualidade. O colendo Supremo Tribunal Federal encerrou a matéria, definindo que a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. - Apelo provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Santos Salera em face à r. sentença de fls. 46/49, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaúna, que, nos autos dos embargos opostos pelo ora recorrente à execução que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou-os improcedentes, condenando o embargante ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da execução.

Em sede de razões recursais, às fls. 53/59, o apelante pugna pela reforma da r. sentença, ao argumento de que a pretensão da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais esbarra no comando do art. 155, inciso IX, alínea *a*, da Constituição da República, haja vista que este dispositivo somente admite a exigência do tributo "...quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento..." sendo certo que do apelante, por se tratar de pessoa física, não pode ser exigido referido tributo.

Sustenta que a definição do contribuinte é matéria reservada à lei complementar e que o art. 34, § 8º, do ADCT, não socorre a apelada, por dispor apenas sobre isenções, jamais admitindo adentrar sobre questões relacionadas ao fato gerador do imposto.

Colaciona farta jurisprudência, requerendo, a final, o provimento do recurso, para reformar a r. sentença, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Contra-razões às fls. 70/71, batendo pela confirmação da decisão monocrática.

Subiram os autos.

Desnecessária a intervenção da d. Procuradoria-Geral de Justiça, a teor da inteligência contida na Súmula nº 189 do colendo STJ.

Certificação do preparo recursal à fl. 75.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Deflui dos autos que a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente execução fiscal contra Antônio Santos Salera, em razão de supostos créditos devidos quando da importação de um veículo automotor do exterior, para seu uso pessoal, em 22 de junho de 1995, conforme demonstra a certidão de dívida ativa nos autos da execução em apenso (fl. 03).

A exigência fiscal baseou-se nos arts. 16, IX, e 56, II, da Lei Estadual nº 6.763/75, como também nos arts. 2º, I; 60, I e 82, III, do RICMS/91 (Decreto Estadual nº 32.535/91).

O ínclito Julgador houve por bem julgar improcedentes os embargos, ao fundamento de que o art. 155, em seu § 2º, IX, *a*, da CF/88, também prevê a incidência de ICMS sobre a importação de bem de consumo do exterior, para uso próprio, ainda que o importador não seja comerciante.

Data venia à concepção do ilustre Juiz singular, mas sua decisão merece reforma.

A celeuma gira em torno do art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição Federal, que dispõe :

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:
>
> I - impostos sobre: (...)
>
> b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte

interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso I, *b*, atenderá ao seguinte: (...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

A irresignação funda-se, portanto, na circunstância de que o dispositivo constitucional que regula a matéria não prevê a hipótese de incidência do ICMS sobre a mercadoria importada do exterior destinada a uso próprio de pessoa física.

De fato, a pessoa natural, quando importa bens para seu uso ou consumo não se enquadra como contribuinte do ICMS, porque o estabelecimento integra o fato gerador do ICMS, na importação, como dito expressamente no texto constitucional transcrito, e não faz parte da personalidade jurídica da pessoa natural o estabelecimento, que é característica do produtor, do comerciante ou do industrial, sendo da pessoa natural o domicílio, que não consta do aludido artigo 155, § 2º, inciso IX, *a*.

Daí, a razão de entender que os dispositivos do RICMS/91 (art. 2º, I, e art. 82, III), que serviram de base para formação do crédito tributário na espécie, extrapolaram o regramento constitucional, ao instituírem que :

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada, no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador, de mercadoria ou bem importados (...)

Art. 82. Incluem-se entre os contribuintes do imposto: (...)

III - o importador de mercadorias, bens ou serviços do exterior.

Ora, denota-se que o RICMS/91, em seu artigo 2º, inciso I, ampliou o mandamento constitucional, indevidamente, eis que criou um novo elemento do fato gerador, de forma extensiva, que não é admitida na estipulação de obrigações tributárias. Sem dúvida, a primeira expressão ("entrada no estabelecimento destinatário") está em conformidade com o Texto Maior; todavia, a segunda ("no recebimento pelo importador") não condiz com a vontade do constituinte.

Outrossim, não configura, *in casu*, a circulação de mercadoria, nos moldes regidos pela Constituição, pois a sistemática tributária pátria não pode atingir o fornecedor (exportador estrangeiro), sendo certo que o importador adquiriu o veículo para o seu uso exclusivo. Tais circunstâncias desfiguram a incidência do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços).

Na esteira do raciocínio, não há "habitualidade" na especificação do contribuinte do ICMS, referente à entrada de mercadorias ou bens importados do exterior, lembrando que a mesma é da essência da produção, da indústria e máxime do comércio.

Corolário lógico, as operações de circulação de mercadorias dizem respeito aos produtos destinados à mercancia. Reforça essa idéia o parágrafo único do art 1º do RICMS/91, quando afirma que o imposto também é devido sobre a entrada de mercadorias importadas, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. Evidente que a noção de estabelecimento está ligada à idéia de local fixo destinado a atividade de comércio ou de exercício de profissão.

Registro que a alta Corte de Justiça do País - Supremo Tribunal Federal - encerrou a matéria, pacificando o entendimento de que a incidência do ICMS não se aplica às operações de importação de bens realizadas por pessoa física para uso próprio, tornando insubsistente a Súmula 198 do STJ.

A propósito, calha transcrever:

> Constitucional e Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Desembaraço aduaneiro. Veículo automotor. Pessoa física. Não incidência. Encerramento da matéria pelo colendo Supremo Tribunal Federal. - 1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o qual determinou o recolhimento do ICMS incidente sobre a importação de automóvel destinado ao uso pessoal do recorrente. - 2. Entendimento deste Relator, com base na Súmula nº 198/STJ, de que, na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS. - 3. No entanto, o colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 05.08.1998, proferida no Recurso Extraordinário nº 203.075-DF, Rel. para acórdão o em. Ministro Maurício Corrêa, dando nova interpretação ao art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição Federal, decidiu, por maioria de votos, que a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, não se aplica às operações de importação de bens realizadas por pessoa física para uso próprio. - 4. Com base nesse entendimento, o STF manteve decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que isentara o impetrante do pagamento de ICMS de veículo importado para uso próprio. Os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão, Relator, e Nelson Jobim, ficaram vencidos ao entenderem que o ICMS deve incidir inclusive nas operações realizadas por particular. - 5. Diante dessa interpretação do ICMS à luz constitucional, proferida em sede derradeira pela mais alta Corte de Justiça do País, posta com o propósito de definir a incidência do tributo na importação de bem por pessoa física para uso próprio, torna-se incongruente e incompatível com o sistema jurídico pátrio qualquer pronunciamento em sentido contrário. - 6. Recurso provido (STJ, ROMS nº 11.145-CE; 1ª T.; Rel. Min. José Delgado; *DJ* de 27.11.2000; p. 128) (sem negrito).

Importa esclarecer que, no julgamento do RE 203.075-DF, ao qual se referiu o lúcido Ministro José Delgado, o STF precisou que a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de *natureza mercantil ou assemelhada*, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

Destarte, a pessoa natural, que importa bens para seu uso ou consumo, definitivamente, não se enquadra como contribuinte do ICMS.

Firme nessas razões, dou provimento ao recurso, para reformar a r. sentença, de modo a julgar totalmente procedentes os embargos, invertendo-se os ônus sucumbenciais, mantido o percentual arbitrado pelo Juiz *a quo*, a título de honorários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - DANOS OU PREJUÍZOS CAUSADOS AO PARTICULAR - CAUÇÃO - VALOR INSUFICIENTE - IRRELEVÂNCIA - INÍCIO DE OBRAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE - TUTELA ANTECIPADA - CONCESSÃO

- É admissível a antecipação da tutela para permitir ao município o início de obras públicas em imóvel de propriedade particular, visando impedir danos ao meio ambiente, quando houver depósito prévio de caução determinado judicialmente, ainda que o valor desse depósito seja insuficiente para indenização dos danos ou prejuízos que o uso da propriedade pelo Poder Público efetivamente causará ao imóvel serviente, pois poderá haver complementação do depósito no decorrer da instrução processual ou o valor da condenação poderá ocorrer, a final, na sentença, valendo como título executivo a favor do proprietário do imóvel serviente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.888-8/00 - Comarca de Santos Dumont - Relator: Des. SHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Servidão administrativa - Indenização dos danos ou prejuízos que o uso da propriedade particular, pelo Poder Público, efetivamente causar ao imóvel serviente - *Quantum* - Depósito de parte do valor a ser indenizado, Podendo o restante ser determinado e complementado durante a instrução processual - Sentença anulada no reexame necessário.

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 ANULAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2003. - *Schalcher Ventura* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de ação declaratória de constituição de servidão administrativa c/c pedido de tutela antecipada movida pelo Município de Santos Dumont contra S&P Engenharia e Construção Ltda.

A tutela antecipada foi concedida (fls. 102/105).

O MM. Juiz indeferiu a petição inicial, revogando a antecipação de tutela antes deferida, por entender que o autor não adotou o rito do Dec.-lei 3.365/41, deixando de ofertar preço para indenização, nos termos do art. 13 do mencionado diploma legal (fls. 246 /248). Após, submeteu a sentença ao duplo grau de jurisdição, sem interposição de recurso voluntário.

Reexame necessário.

A meu ver, a r. sentença não deve prevalecer, *data venia*.

A petição inicial veio acompanhada dos documentos tidos por necessários, bem como fotografias do local onde seriam realizadas as obras de captação de esgoto e água pluvial; trouxe também o Decreto 1.428/98, que declara de utilidade pública, para fins de constituição de servidão administrativa, a área de propriedade da apelada.

A antecipação de tutela foi concedida, autorizando o Município a iniciar as obras de reforma da captação do esgoto cloacal e águas pluviais, de imediato, considerando a gravidade dos danos que poderiam advir ao meio ambiente e à população local, caso as obras não fossem imediatamente iniciadas.

Quanto à indenização devida à apelada, conforme bem mencionou a il. Juíza substituta, à fl. 103, depende do caminhar da instrução, quando então se poderá averiguar a ocorrência de prejuízos a serem indenizados, e em qual valor.

Vê-se à fl. 106 que o Município cumpriu a determinação judicial, depositando em caução a importância de 20% do orçamento da obra. É certo que o valor depositado pode não representar o total dos prejuízos sofridos; porém, pode haver pedido de complementação no depósito no decorrer da instrução processual, ou o valor da condenação poderá ocorrer, a final, na sentença, valendo como título executivo a favor da apelada. O que, no meu entender, não pode prevalecer é o indeferimento da inicial, ante a não-oferta de indenização. Isto porque:

Não há dúvidas de que a servidão administrativa, quando resultar em prejuízo ao serviente, lhe confere a devida indenização. Porém, deve ser analisado cada caso concreto, com suas particularidades, para que se demonstre o efetivo prejuízo.

É o que se extrai da lição do Prof. HELY LOPES MEIRELLES:

> A instituição da servidão administrativa ou pública se faz por acordo administrativo ou por sentença judicial, procedida sempre de ato declaratório da servidão, à semelhança do decreto de utilidade pública para desapropriação. *A própria lei geral da desapropriação Decreto-lei 3.365/41 admite a constituição de servidões mediante indenização na forma desta lei (art. 40). Claro está que só se aplica o processo expropriatório no que couber à servidão administrativa. A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel serviente. Se desse uso público não resultar prejuízo ou dano à propriedade particular, a Administração nada terá que indenizar.* Só o exame específico de cada caso particular poderá indicar se haverá ou não prejuízos a compor na servidão administrativa que vier a ser instituída (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., 1988, p. 523 - grifos nossos).

E ainda:

> a indenização da servidão se faz em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo a sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se o prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando mesmo a transformar-se em desapropriação, com indenização total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal (ob. cit., p. 524).

Dessa forma, tenho que o fato de o autor não ter depositado o montante superior àquele que lhe foi determinado pelo juízo não lhe retira o direito de prosseguir na busca do provimento final, ainda mais considerando-se a natureza relevante das questões discutidas nestes autos.

Pelo exposto, em reexame necessário, *anulo a sentença*, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para o prosseguimento normal do feito, e que outra seja proferida com apreciação do mérito. Por via de conseqüência, fica restabelecida a liminar que concedeu a tutela antecipada.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, ANULARAM A SENTENÇA.

AÇÃO POPULAR - CÂMARA MUNICIPAL - DECISÃO DO PLENÁRIO - MANUTENÇÃO DE MANDATO DE VEREADOR QUE TEM DUPLO DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA - AFRONTA À LEI ORGÂNICA QUE VEDA O EXERCÍCIO DE MANDATO DE EDIL RESIDENTE EM OUTRO MUNICÍPIO - INOCORRÊNCIA - ILEGALIDADE - IMORALIDADE ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

- A decisão plenária de câmara municipal que mantém na vereança edil que tem duplo domicílio e residência, desde antes do registro de sua candidatura ao cargo, não ofende a lei orgânica do município, que veda o exercício do mandato de vereador residente em outro município, inexistindo ilegalidade ou imoralidade administrativa naquela deliberação administrativa, pelo que descabe ser anulada pela via da ação popular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 331.672-6/00 - Comarca de Virginópolis - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Administrativo - Ação popular - decisão plenária da câmara municipal que permite a manutenção do mandato de vereador que tem residência, tanto na sede do município, como em outra cidade. - Afronta a dispositivo da lei orgânica do município, que veda possa o edil residir em outro município. - Inocorrência. - A decisão da Câmara de Vereadores do Município de Virginópolis, pelo seu pleno, que permite possa ser mantido o mandato de vereador que tem dupla residência, em outro, como no próprio Município, não ofende a Lei Orgânica daquele Município, que veda o exercício do mandato a edil que mantém domicílio em outro município. Confirmação da sentença que teve como improcedente ação popular.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de reexame necessário de r. sentença que julgou improcedente ação popular proposta por Darmis José Coelho Neto contra a Câmara Municipal de Virginópolis e João Urbano da Costa, vereador, tendo sido incluídos no pólo passivo os demais vereadores locais. De se registrar, ainda, que houve desistência da ação pelo autor, que foi substituído processualmente pela habilitação de Jean Marques de Oliveira.

Ajuizou-se a ação para a anulação de deliberação da Câmara Municipal de Virginópolis, que, em plenário, manteve na vereança o réu João Urbano da Costa.

A deliberação legislativa foi reputada ilegal e imoral por contrariar dispositivos da Lei Orgânica daquele Município e de seu Regimento Interno, bem como do Dec.-lei nº 201/67, que exigem que o vereador seja residente e domiciliado no Município, sendo que o réu João Urbano da Costa tem sua residência e domicílio em Belo Horizonte, onde é servidor do Banco Central do Brasil.

A r. decisão em revisão, como dito, julgou improcedente o pedido por entender que a decisão plenária da Casa Legislativa Municipal não contraria a legislação referida.

O substituto processual Jean Marques de Oliveira apresentou embargos declaratórios que, conhecidos, foram rejeitados. Impetrou recurso de apelação, que não foi recebido por intempestivo em despacho que restou irrecorrido.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 299/304, através do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Marco Túlio Coimbra Silva, opina pela confirmação da sentença, em reexame necessário.

Conheço da remessa necessária por força do disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Prevista na Constituição Federal, no art. 5º, LXXIII, e regulamentada pela Lei nº 4.717/65, a ação popular constitui instrumento democrático para o exercício da cidadania. Segundo Hely Lopes Meirelles, citado por ALEXANDRE DE MORAES em seu *Direito Constitucional*, 10ª edição, Editora Atlas, p. 189:

> é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Como requisitos específicos da ação popular, leciona o citado constitucionalista paulista (ob. cit., p. 190):

> São dois os requisitos para o ajuizamento da ação popular:
>
> - *requisito subjetivo:* somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão;
>
> - *requisito objetivo:* refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular é destinada 'a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII)'.

A ilegalidade e a imoralidade administrativa apontadas consistem no fato de o réu João Urbano da Costa ser servidor do Banco Central do Brasil, com residência e domicílio em Belo Horizonte, não obstante, em decisão plenária, a ré, Câmara Municipal de Virginópolis, manteve o cargo de vereador daquele réu.

Sem dúvida é possível o controle jurisdicional dos atos dos demais Poderes, no entanto a análise de mérito dos mesmos deve-se restringir ao exame de forma e legalidade.

Neste passo, perquire-se sobre a observância dos dispositivos legais apontados como contrariados, se ensejam a perda compulsória do mandato de vereador no caso concreto.

Em síntese, referidos dispositivos (Lei Orgânica daquele Município - art. 33, V; Regimento Interno da Câmara Municipal de Virginópolis - art. 38, VI, e Dec.-lei nº 201/67 - art. 7º, II) indicam a possibilidade da perda de mandato do vereador que fixar residência fora do Município.

A disposição é clara e refere-se ao mandatário que fixar residência fora do Município, no curso de seu mandato. Vale dizer, modificar sua residência.

O réu João Urbano da Costa não teve seu domicílio ou residência alterados. Ele detém duplo domicílio e residência desde antes do registro de sua candidatura ao cargo de vereador, conforme incontroverso nos autos.

Os documentos comprovam que João Urbano é produtor rural, proprietário da Fazenda São Felipe, em Virginópolis, onde tem domicílio comercial e é freqüente às reuniões da Câmara Municipal.

Ressalto que não é a presença, de segunda a segunda, em seu imóvel rural que garantiria a integração do vereador com seu eleitorado, é sua participação efetiva no trabalho legislativo e seu interesse nas coisas de seu Município que garantirão o bom desempenho de seu mandato.

Lado outro, se sua presença no Município não fosse rotineira, apesar de suas atividades funcionais em Belo Horizonte, seguramente não teria ele popularidade suficiente para angariar os votos necessários à eleição.

Assim, na esteira dos entendimentos esposados pela r. sentença e pela manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça, não vislumbro ilegalidade ou mesmo imoralidade administrativa na decisão plenária da Câmara Municipal de Virginópolis, pelo que, em reexame necessário, confirmo a r. sentença de fls. 239/251.

Custas, pelo autor da ação.

O Sr. Des. Emane Fidélis - De acordo.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA EM BENS DE SÓCIO - EMBARGOS DE TERCEIRO AVIADO PELO EXECUTADO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - INÉPCIA DA INICIAL - CARÊNCIA DA AÇÃO

- São adequados os embargos de devedor, e não os embargos de terceiro, quando o sócio, que participa do pólo passivo da execução, busca defender seus bens levados a penhora pelo juízo, argumentando, em sua defesa, a inexistência de co-responsabilidade com a empresa devedora do tributo. Assim, ante a inadequação da via processual eleita, deve ser indeferida a inicial dos embargos de terceiro, em face da flagrante carência de ação.

- APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.03.039067-9/001 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. NEPOMUCENO SILVA

Ementa oficial: Processual civil - Execução fiscal - Penhora em bens do sócio - Embargos de terceiro aviados pelo executado - Carência de ação - Inadequação da via processual eleita - Inépcia da inicial. - São adequados os embargos do devedor, e não os embargos de terceiro, quando o sócio, que participa do pólo passivo da execução fiscal, busca defender seus bens levados a penhora pelo juízo, argumentando, em sua defesa, a inexistência de co-responsabilidade com a empresa devedora do tributo. Assim, ante a inadequação da via processual eleita, deve ser indeferida a inicial dos embargos de terceiro, em face da flagrante carência de ação.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2003. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação contra sentença (fls. 59/63), proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Poços de Caldas, nos autos dos embargos de terceiro ajuizados ali, por Fernando Barradas da Costa Rodrigues e outro, em face do Estado de Minas Gerais, que indeferiu a peça de ingresso, entendendo serem os embargantes carecedores de ação, visto que figuram como parte na execução fiscal, cabendo a eles, na defesa de seus interesses, a via dos embargos do devedor, e não embargos de terceiro, como manejado.

Agitam os apelantes a adequação dos embargos de terceiro, já que os documentos juntados com a inicial comprovam a irregularidade de suas inclusões no pólo passivo do executivo fiscal.

Não houve intimação da parte contrária para contra-razões, nos moldes do art. 296 do CPC.

Este o relato, no essencial.

À míngua de preliminares, passo ao deslinde do mérito.

A ação tem natureza de direito público subjetivo, pois, através de sua atuação, opera-se a jurisdição, no curso do processo.

Por estar afeto ao interesse público, o juízo, que também participa da relação processual, pode e deve exercer, *ex officio*, o controle de sua atuação, assegurando que estejam presentes as condições impostas em lei para seu exercício.

Assevere-se que o direito de ação, apesar de autônomo e abstrato, não é absoluto, pois está vinculado à presença de suas condicionantes, quais sejam, a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Assim a lição de LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *in verbis*:

> Dessa forma conquanto possa ser exercido sem qualquer restrição para que seja possível a regular instauração do processo e obtenção da tutela jurisdicional, o direito de ação sujeita o autor à observância de condições previstas no CPC (...).
>
> Ausente qualquer delas, fica como que bloqueado o caminho para a efetiva prestação da tutela, pois o juiz deve decretar a carência da ação e extinguir o processo sem julgamento do mérito (*Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1, Ed. RT, 3ª ed., p. 136).

O interesse de agir se perfaz pelo binômio necessidade da tutela jurisdicional e adequação da ação ao provimento solicitado.

Nesse norte, é a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, *verbis*:

> Interesse de agir - essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob este prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.
>
> Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado (...).
>
> Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser (*Teoria Geral do Processo*, Ed. Malheiros, 11ª ed., p. 258).

Na peça de ingresso da execução fiscal em que houve a constrição de bens dos recorrentes, resta límpida a inclusão dos mesmos no pólo passivo da demanda (fls. 37/39), como coobrigados, ao lado da pessoa jurídica Pães e Doces Fiorela Ltda.

Estando os apelantes no pólo passivo da demanda, é inadequada a via dos embargos de terceiro, a fim de proteger bens levados à penhora pelo juízo da execução da qual, repita-se, fazem parte, pois, da redação do art. 1.046 do CPC, extrai-se que:

> *Quem, não sendo parte no processo*, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos (grifamos).

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando Liebman, dá-nos o limite objetivo dos embargos de terceiro:

> No conceito de Liebman esses embargos são ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias (*Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 19ª ed., p. 292).

Quem figura como parte na execução tem como meio adequado para defesa de seus interesses os embargos de devedor, que, *d.v.*, não se confundem e nem se substituem pelos embargos de terceiro, especialmente em casos como o ora analisado.

Assim a lição de THEOTÔNIO NEGRÃO, *verbis*:

> Os embargos de terceiro têm seu âmbito delimitado nos arts. 1.046 e 1.047, não meio adequado para discussão da matéria própria dos embargos à execução (*RTJ*, 77/915). Neste sentido *RT*, 605/53, 679/86; *RF*, 306/192 *(Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Ed. Saraiva, 27ª ed., p. 628).*

Assim já decidiu este eg. Sodalício:

> Execução fiscal. Co-responsabilidade do sócio da empresa devedora. Regularidade da penhora que recaiu sobre seus bens. Embargos de terceiro. Não-cabimento. Sentença de procedência reformada (AC 189.339-5/00, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Aluízio Quintão, d.j. 30.11.2000).

Diante da flagrante inadequação da via processual eleita, não nos resta outra solução que não a de reconhecer a carência de ação dos recorrentes, confirmando a sentença *a quo*.

Com tais expendimentos, rogando vênia, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

O Sr. Des. Manuel Saramago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

IMPENHORABILIDADE - BENS MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO DEVEDOR - INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI Nº 8.009/90 - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - SUCUMBÊNCIA

- À exceção das obras de arte ou adornos suntuosos, os bens móveis que guarnecem a casa do devedor, desde que quitados, são impenhoráveis nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90, sendo irrelevante o fato de serem eles necessários, úteis ou voluptuários.

- O Código de Processo Civil albergou o princípio da sucumbência, pelo qual o vencido arcará com todas as despesas do processo, inclusive a verba honorária, independentemente da sua motivação à instauração da lide.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.807519-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Execução fiscal - Equipamentos encontrados na residência do devedor - Impenhorabilidade reconhecida - Honorários advocatícios - Princípio da sucumbência. - O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, é cristalino em definir que os equipamentos encontrados na casa do devedor são impenhoráveis, independentemente de sua natureza necessária, útil ou voluptuária, já que a restrição, a tanto, encontra-se fixada no subseqüente art. 2º. Assim, em não sendo obras de arte ou adornos suntuosos, os bens penhorados na residência do devedor, é de se lhe reconhecer a fruição da benesse da impenhorabilidade dos mesmos. O Código de Processo Civil albergou o princípio da sucumbência, pelo qual o vencido arcará com todas as despesas do processo, inclusive a verba honorária, independentemente da sua motivação à instauração da lide respectiva. Apelação desprovida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra sentença que julgou procedentes embargos à execução fiscal, promovidos por Marize Roque Aquino.

As razões recursais das partes e a motivação pela qual se deixou de solicitar o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sucinta dissertação no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por atender às condições de sua admissibilidade.

A apelante alega ser viável a penhora de bens que guarnecem a residência da devedora, desde que não sejam necessários à habitabilidade da mesma, por se afastarem da hipótese do parágrafo único, art. 1º da Lei nº 8.009/90, sob pena de elastecer desmedidamente o seu alcance e proteger indevidamente os devedores contumazes, assim, considera que a embargante não pode valer-se desses benefícios, a ensejar a reforma da sentença nesta sede recursal.

À minha ótica, inalbergável é a tese defendida pela apelante, uma vez que os termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90 são claros em fixar que a impenhorabilidade estende-se a: "*... todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados*", a demonstrar que os bens descritos no auto de penhora de fl. 19 do apenso, encontrados na casa da apelada, estão compreendidos, iniludivelmente, nesta definição legal e, de conseqüência, não podem ser objeto da constrição judicial.

Por conseguinte, evidencia-se que o referenciado texto legal não faz distinção quanto à natureza dos bens que compõem uma residência à incidência das suas benesses, sejam eles necessários, úteis ou voluptuários, pois as restrições, a tanto, estão, expressamente, cominadas no art. 2º da aludida lei e consistem nos veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, o que não é o caso dos autos. Enfim, resulta que o Juiz singular não elasteceu a exegese do mencionado art. 1º da Lei nº 8.009/90, ao contrário do sustentado, em equívoco, pela apelante, mas sim revela a sua total submissão aos retromencionados ditames legais. Aliás, ressalte-se que a interpretação da lei exige sempre a procura da *mens legis* nele inserta, não podendo subsistir a interpretação que limite o espírito que lhe incutiu o legislador. É o que ressai da esclarecedora lição de CARLOS MAXIMILIANO, *verbis*:

> Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido e será perfeita a exegese (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., p. 313/314).

Destarte, evidencia-se que a apelante não se submeteu ao império da legalidade ao insurgir-se contra o legítimo pleito da apelada, o que determina a manutenção da sentença fustigada nesta oportunidade.

Outrossim, a apelante aduz ser indevida a sua condenação na verba honorária, por não ter dado causa à constrição dos referidos bens, cuja escolha foi exclusiva da Oficial de Justiça, fato este que, a seu ver, impõe o decote da sentença neste aspecto.

Vez mais, não se pode conceder razão à apelante, por ser correta a fixação dos honorários advocatícios na sentença em apreço, pois atendeu com precisão aos preceitos definidos no § 4º do art. 20 do CPC. Logo, nada deverá ser alterado, sendo insubsistentes os argumentos da apelante, pois a apelada foi obrigada a vir a juízo, tendo óbvias despesas, a tanto, dada a ameaça do seu patrimônio por ato exclusivo do Fisco municipal. Ademais, é ressabido que o nosso ordenamento processual civil albergou o princípio da sucumbência, pelo qual a parte vencida tem a responsabilidade de arcar com os gastos do processo.

A propósito, calha trazer à baila a elucidativa lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *verbatim:*

Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte (*Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. I, p. 96).

Isto posto, nego provimento ao presente apelo.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA DE BENS - DINHEIRO EM BANCO - CONSULTÓRIO ODONTOLÓGICO - INSTRUMENTO DE PROFISSÃO - EXCLUSÃO DA PARTILHA - CORREÇÃO MONETÁRIA DE VALORES RETIDOS POR UM DOS CÔNJUGES - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Para efeito de partilha de bens, após o acordo de separação, presume-se pertencer ao casal o dinheiro existente em depósito bancário à época da separação.

- Os equipamentos e móveis de consultório dentário constituem instrumentos de profissão, nos termos do art. 1.659, V, do novo Código Civil, pelo que devem ser excluídos da comunhão e, conseqüentemente, da partilha de bens.

- Determinada a correção de algum valor retido por um dos cônjuges, por eqüidade os seus eventuais créditos também devem ser corrigidos.

- Se ambas as partes forem sucumbentes, os honorários de advogado devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, a teor do art. 21 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 351.705-9/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Separação judicial - Partilha de bens - Dinheiro em banco - Consultório odontológico - Correção monetária de valores - Honorários advocatícios. - Para efeito de partilha de bens, após a homologação de acordo de separação judicial, presume-se pertencer ao casal o dinheiro existente em depósito bancário à época da separação. Os equipamentos e móveis de consultório dentário constituem instrumentos de profissão (art. 1.659, V, Código Civil/2002), pelo que devem ser excluídos da partilha. Se determinada a correção de algum valor, retido por um dos cônjuges, por eqüidade também se devem corrigir seus eventuais créditos. Havendo sucumbência recíproca, devem os honorários advocatícios ser recíproca e proporcionalmente distribuídos (art. 21 do CPC).

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Julgando ação de partilha de bens da sociedade conjugal que fora constituída sob o regime de comunhão parcial de bens e desfeita por sentença homologatória do acordo celebrado entre as partes, o MM. Juiz de primeiro grau deu pela procedência parcial do pedido, definindo os bens que seriam ou não partilhados, o valor de cada um deles, de acordo com o laudo pericial, e as compensações a serem feitas, e condenando a requerida a pagar honorários advocatícios de 15% sobre o valor atribuído à causa.

Da sentença apelam ambas as partes.

A requerida, primeira apelante, argumenta que não foi vencida no julgamento da partilha, com a qual concordou, discordando tão-só da proporção pretendida pelo autor, ora apelado, o qual, além disso, estava a sonegar alguns bens.

Acrescenta que suas objeções foram acolhidas pela r. sentença, pelo que vencido na ação, na verdade, foi o próprio requerente, contra quem deveria pesar o ônus dos honorários advocatícios.

Por sua vez, também apela o autor, pleiteando que sejam excluídos da partilha, por não pertencerem ao casal, ou por terem sido adquiridos antes do próprio casamento:

> numerário depositado na agência local do Banco do Brasil, em nome do apelante, mas que na verdade não pertencia ao casal, mas sim ao pai da requerida, sogro do recorrente; os bens existentes no seu consultório de dentista, por se tratar de instrumentos de sua profissão (art. 263 do antigo Código Civil Brasileiro).

Por outro lado, entende que também devam ser partilhadas as dívidas que tem ou já pagou, em torno de R$20.000,00.

Pede a correção monetária dos R$35.000,00, que a apelada confessou pertencer a ele, recorrente, anteriormente ao casamento, e que a sentença excluiu da partilha.

Requer, ainda, a compensação das prestações por ele pagas, após a separação do casal, relativas a um apartamento adquirido na constância do casamento.

Discorda do critério fixado na sentença para a avaliação do fundo de comércio, relativamente à participação da apelada numa empresa comercial, na qual detém 30% das cotas. Entende que o caso é de partilha das cotas do capital social, e não de avaliação do fundo de comércio, para creditar-se ao requerente o valor proporcional.

Finalmente, pede a majoração da verba honorária, pois, em seu entendimento, o *quantum* arbitrado a esse título não corresponde à complexidade da causa nem ao valor dos bens em litígio.

Recebidos ambos os recursos, foram eles reciprocamente contrariados, remetendo cada parte a seus próprios arrazoados e acrescentando ainda outros argumentos.

O processo teve a participação do Dr. Promotor de Justiça.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela confirmação da sentença.

Conheço de ambas as apelações, tendo em vista sua adequação, oportunidade e devido preparo.

Tendo os recursos objetivos diametralmente opostos, com substrato na mesma matéria fática, nada obsta a que sejam examinados em conjunto e decididos simultaneamente.

Observo, desde logo, que não discordam as partes da avaliação dos bens, feita por perito do Juízo, insurgindo-se, tão-só, contra os critérios fixados na sentença para a partilha e contra o arbitramento de honorários.

Apesar da insistência do autor, ora segundo apelante, não há prova, nos autos, da veracidade da afirmação de que a vultosa importância em dinheiro por ele sacada de sua conta no Banco do Brasil, em 7.12.1999 (fl. 59), pertence a seu sogro, pai de sua mulher.

Não é razoável admitir, sem prova convincente, que uma pessoa esclarecida, um Promotor de Justiça aposentado, casado com uma professora e pai de duas outras professoras, fosse entregar informalmente ao genro, por mais confiança que nele tivesse, mais de R$146.000,00, para aplicações financeiras (fl. 60).

Também não é de se acreditar na pura e simples alegação, desacobertada de prova, de que o genro retirou o dinheiro da aplicação, transferiu-o para a conta corrente e imediatamente o retirou, devolvendo-o ao dito dono, sem formalizar esses atos.

De se ressaltar, além disso, a assertiva de que o saque e a devolução se deram poucos dias antes de ser ajuizada a ação de separação judicial do casal, como o próprio autor o confessa.

Embora não haja prova nestes autos, onde não se faz a menor referência aos motivos da separação, é sabido que um fato como esse não se dá de instantâneo, antes se faz preceder de uma dolorosa cadeia de incidentes e de queixas recíprocas.

Não é compreensível que o segundo apelante, profissional de nível superior, fosse tão descuidado a ponto de entregar aquela vultosa quantia à mulher, para que a repassasse ao pai, como ele

mesmo diz, sem que dela exigisse declaração de recebimento.

Sem prova do contrário, a quantia retirada do banco pertencia efetivamente ao casal e deve ser partilhada.

Também não há prova das dívidas que o apelante diz ter contraído, no montante de aproximados R$20.000,00, nem de que o fizera em benefício do casal. Portanto, não se justifica que pretenda partilhar essas supostas dívidas com a ex-esposa.

Nem há prova de que tenha o varão quitado, após a separação judicial, as prestações do apartamento que o casal tinha adquirido. De qualquer modo, a sentença determinou a partilha tão-só do saldo remanescente, apurado após o leilão dos mesmos apartamentos e o pagamento das dívidas sobre eles incidentes. Houve eqüidade na partilha de obrigações e de direitos.

Por outro lado, não se justifica a mudança de critérios na partilha de valores resultantes da participação da ex-esposa na sociedade Vilhena e Cia. Ltda., com o nome de fantasia de Núcleo Educacional Evolução.

Trata-se de uma sociedade nitidamente familiar, da qual participavam pai, mãe e filhas, valendo ressaltar que o seu contrato social (fls. 113/114), na respectiva cláusula X, veda a transferência das quotas para terceiros, "*sem expresso consentimento dos outros quotistas*".

Portanto, a melhor solução é mesmo apurar a expressão econômica da participação societária da requerida (30%) e indenizar o requerente com metade desse valor.

Razão assiste ao segundo apelante quando manifesta a pretensão de ver corrigido o valor de R$35.000,00 que a requerida admitiu e a sentença reconheceu que já lhe pertencia quando se casou com a apelada.

Se a sentença determinou fosse corrigido o valor sacado em dezembro de 1999, determinando que do valor corrigido fossem deduzidos R$35.000,00, deveria determinar, igualmente, a correção desse valor pelo mesmo critério.

Razão também lhe assiste quando pede seja excluído da comunhão e da partilha o valor de seu consultório odontológico (equipamentos, móveis, livros, utensílios), por se tratar de 'instrumentos de profissão' (art. 1.659, V, do novo Código Civil Brasileiro).

Embora a requerida tenha pedido a mesma exclusão, relativamente à sua participação na escola que mantém com a irmã e outros sócios, só o fez em contra-razões de apelação, razão pela qual seu pedido, nesse ponto, não merece conhecimento, devendo prevalecer a determinação da r. sentença.

Finalmente, ambas as partes se insurgem contra o arbitramento, no dispositivo sentencial, dos honorários advocatícios.

Com a devida vênia, entendo que o MM. Juiz, nesse ponto, não se houve com o costumeiro acerto.

Atente-se a que ambas as partes foram sucumbentes, pois cada uma obteve menos, na partilha, do que aquilo que pretendia.

Nesse caso, a solução é dada pelo art. 21 do CPC, que manda sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos os encargos da sucumbência.

Pelo exposto, dou provimento parcial a ambas as apelações para reformar a sentença nos seguintes pontos, mantendo-a quanto aos demais: a) ficam excluídos da partilha os bens - com os respectivos valores, apurados no laudo pericial - que compõem e guarnecem o consultório odontológico do autor-apelante; b) o valor de R$35.000,00, a ser abatido do montante sacado pelo requerente em dezembro de 1999, deve ser monetariamente corrigido desde a mesma época e pelos mesmos critérios usados para a correção do valor sacado; c) cada parte pagará ao advogado da parte contrária valor correspondente a 10% (dez por cento) da diferença de valores apurada entre sua pretensão manifestada (inclusão ou exclusão da partilha) e o que foi finalmente decidido.

As custas do processo serão suportadas em partes iguais por ambos os litigantes.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

SERVIDOR - ADICIONAL TRINTENÁRIO - SUPRESSÃO DO PAGAMENTO COM BASE NA SÚMULA 473 DO STF - AFETAÇÃO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS - NECESSIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DAS GARANTIAS A ELE INERENTES

- É necessária a instauração de procedimento administrativo quando da anulação de ato da Administração Pública considerado ilegal, pois o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado. Assim, embora entenda ilegal o pagamento de determinado adicional a servidores, não pode a Administração Pública suprimi-los com amparo na Súmula 473 do STF, sem assegurar-lhes o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mormente quando essa supressão afete situações jurídicas já consolidadas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.02.018540-2/001 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Anulação de ato pela Administração - Súmula 473 do STF - Afetação a situações jurídicas já consolidadas - Necessidade do devido processo legal e garantias a ele inerentes. - Embora a Administração Pública possa anular seus próprios atos (Súmula 473, STF), não se olvide que deve orientar-se nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mormente quando afetam situações jurídicas já consolidadas, como é o caso de adicionais concedidos ao servidor por ocasião de sua aposentadoria. Assim, seu proceder não pode ser preliminar e à revelia da parte interessada; necessita de procedimento próprio, com ampla produção de provas e possibilidade de oferecimento de defesa. Só depois de apurado eventual erro no ato que concedeu o benefício é que poderá, em tese, ajustá-lo conforme as disposições legais.

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, 11 de novembro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se dos recursos necessário e voluntário, ante a presença dos requisitos exigidos à admissibilidade.

Tratam os autos do mandado de segurança impetrado por Tânia Maria Côrtes e Maria José Coelho Guimarães, contra ato da Superintendente/Diretora Regional da 40ª Superintendência Regional de Ensino de Uberlândia-MG que cancelou o benefício adicional trintenário de seus proventos e determinou corte em seus vencimentos relativos ao mesmo adicional, sem o devido processo legal, já expirado o prazo decadencial e relativo a benefício consagrado e já incorporado a seus proventos.

A sentença concedeu parcialmente a segurança, anulando os atos da autoridade coatora, que procedeu ao cancelamento dos adicionais de tempo de serviço concedidos às impetrantes e indeferindo o pedido de restituição dos descontos efetuados, porque incabível nesta sede.

Irresignado, recorre o Estado de Minas pretendendo, preliminarmente, a extinção do feito por ausência do direito líquido e certo alegado e por ilegitimidade passiva de parte, eis que o MS foi impetrado em face do órgão, e não da autoridade.

Quanto ao mérito, aduz o Estado de Minas que o poder de autotutela lhe é conferido e dele se utilizou para anular o ato eivado de nulidade, pois imprescritível, e que, nesta hipótese, desnecessária a instauração do processo administrativo, pois, diante da irregularidade verificada no fato de que as autoras não preenchiam os requisitos para a aposentadoria integral, mas apenas proporcional, não poderia ter agido de outra forma senão revendo os proventos de sua inatividade, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Por fim, acrescenta o apelante que o adicional trintenário exige o adimplemento de 30 anos de serviço efetivo e as servidoras preenchiam apenas 25 anos de serviço, tendo aposentado proporcionalmente, não havendo como manter o adicional.

Examina-se o recurso necessário.

Na hipótese, indiscutível a legitimidade da autoridade apontada como impetrada para figurar no pólo passivo do *mandamus*, desde que foi dela, Superintendente/Diretora Regional da 40ª Superintendência Regional de Ensino de Uberlândia, o ato de anulação do adicional trintenário de 10% e a determinação dos descontos das parcelas pretéritas pagas.

Consoante a doutrina:

> (...) todo aquele, órgão ou mesmo indivíduo particular, que age com dominação, isto é, com 'poder público', é 'autoridade' para fins de mandado de segurança e pode ter seu ato controlado pelo Judiciário.
>
> O texto da Constituição, que estabelece balizas para o legislador ordinário, é bem amplo, pois diz '... quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.
>
> Desse modo, todo aquele que estiver exercendo atividade pública poderá figurar, em tese, como 'autoridade coatora'. (Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança, por ADHEMAR FERREIRA MACIEL, *in Mandado de Segurança e de Injunção*, Estudos de Direito Processual-Constitucional em Memória de Ronaldo Cunha Campos, Coordenador Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, 1990, p.191).

Ademais, ainda que o MS se tenha referido à autoridade coatora, como a 40ª Superintendência Regional de Ensino de Uberlândia, tal seria mera irregularidade, que não teria o condão de acarretar o rigor da carência de ação por ilegitimidade de parte, mormente porque ali se anotou que tal se fazia na pessoa de seu superintendente ou diretor regional, o que não impediu que as informações fossem prestadas (fls. 48-49) e nem impossibilitou o direito de defesa pelo Estado de Minas.

Assim, rejeita-se a preliminar.

Quanto à alegada ausência do direito líquido e certo alegado, tal é matéria que se confunde com o mérito, que importa na concessão ou na denegação da ordem e nesta seara será examinado.

Rejeita-se, pois, também esta preliminar.

Quanto ao mérito, de plano, há de ser salientado que, para a concessão da segurança, devem-se encontrar comprovados os pressupostos que a autorizam, dentre os quais a presença do direito líquido e certo, que Castro Nunes define como aquele "*direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações*" (*Do Mandado de Segurança*, 8ª ed., p. 374).

No escólio de HELY LOPES MEIRELLES:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e* Habeas Data, Malheiros, p. 28).

E ainda:

> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se aproxime com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não líquido nem certo para fins de segurança.

Vê-se que a questão sob análise está em se verificar a existência ou não do aludido direito líquido e certo que as impetrantes aduzem ser resultante da ilegalidade praticada pela autoridade apontada como coatora, em lhes retirar benefício que já integrava seus proventos de aposentadoria, sem o devido processo legal, após o prazo decadencial e, ainda, por se tratar de direito assegurado.

Em relação às impetrantes-apeladas, nas informações trazidas pela autoridade apontada como coatora, se extrai que os adicionais foram concedidos conforme previsão na Constituição Mineira, por atos publicados no *Minas Gerais* de 30.09.93 e 4.8.1995, sendo certo que suas anulações se procederam em 15.03.2002 e 25.03.02, respectivamente, sem que as mesmas tivessem tido qualquer oportunidade de defesa prévia.

Ora, o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas, como estabelece o artigo 5º, LV, da Constituição da República e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei 9.784/99, que impõe sejam assegurados nos processos

> direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

A Segunda Turma do STF, no RE nº158.543-RS, em que figurou como Relator o Ministro Néri da Silveira, por acórdão, publicado em 19.03.2002,

> Manteve a decisão que dera provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendera ser desnecessária a instauração de procedimento administrativo quando da anulação de ato considerado ilegalmente praticado por parte da Administração Pública. Considerou-se que, na espécie, cabia à Administração garantir ao agravado a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), inclusive acerca da amplitude da gravidade do ato que baseou a exclusão do mesmo do quadro de pessoal. (Precedente citado: RE 158.543-RS, *DJU*, de 1º.10.95. RE (AgRg) 210.916-RS, Rel. Min. Néri da Silveira, 19.03.2002.)

Na hipótese dos autos, o ato formal da autoridade apontada como coatora importa na alteração da situação jurídica das impetrantes, concreta e de fato, que se operou e surtiu efeitos danosos ao patrimônio das mesmas, com comprovada redução de seus proventos, sem instauração de procedimento administrativo, facultando-se a produção de provas e o exercício do contraditório.

Ora, sabe-se que, embora a Administração Pública possa anular seus próprios atos (Súmula 473, STF), não se olvide que deve se orientar nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mormente quando afetam situações jurídicas já consolidadas, como é o caso de adicionais acrescidos a proventos decorrentes de aposentadoria.

Assim, seu proceder não pode ser preliminar e à revelia da parte interessada; necessita de procedimento próprio, com ampla produção de provas e possibilidade de oferecimento de defesa. Só depois de apurado eventual erro no ato que concedeu o benefício, é que poderá, em tese, ajustá-lo conforme as disposições legais.

Com efeito, a própria Súmula 473 do STF referida faz expressa ressalva ao respeito aos direitos adquiridos, *verbis*:

> A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Assim, ainda que seja possível à Administração Pública rever seus próprios atos quando presente eventual ilegalidade, não se admite que tal se faça sem observância do devido processo legal, fugindo à finalidade pública a que se destinaria e com respeito aos direitos individuais dos seus servidores, não lhes retirando benefícios anteriormente concedidos, *inaudita altera parte*, senão após conferir-lhes o amplo direito de defesa e o devido processo legal.

Ademais, em se tratando de professores, há tratamento legal especial e diferenciado, posto que, conforme se sabe, podem aposentar-se aos 25 anos de serviço, se mulher. A decisão administrativa estaria, assim, em princípio, desatendendo ao disposto no inciso VI do art. 31 da Constituição Estadual e Lei Estadual nº 7.109/77, que rege a carreira dos professores da rede estadual, dispõe que o ocupante de cargo de magistério tem direito ao adicional sobre a remuneração por trinta anos, se homem, e, por vinte e cinco, se mulher.

Com tais razões, no reexame necessário, mantém-se a sentença. Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

CREDOR HIPOTECÁRIO - BENEFICIÁRIO DO PREÇO PAGO NA VENDA DO IMÓVEL HIPOTECADO - PARTICIPAÇÃO COMO ANUENTE NO CONTRATO - DIREITO DE SEQÜELA E DIREITO DE PREFERÊNCIA - RESPONSABILIDADE PELA DIFERENÇA DE ÁREA - INEXISTÊNCIA

- Sendo o credor hipotecário beneficiário do preço pago pelo imóvel hipotecado, a sua participação, como anuente no contrato de compra e venda, revela a aplicação prática do direito de seqüela e do direito de

preferência, próprios do instituto da hipoteca. Entretanto, ele não tem responsabilidade pela diferença de área do aludido imóvel, pois o instituto da hipoteca não confere ao seu beneficiário os atributos dos arts. 485 e 524 do CC de 1916. Inclusive, é vedado ao credor hipotecário apossar-se do imóvel para satisfazer o seu crédito, a teor do art. 765 do aludido código.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.079160-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Ação *quanti minoris* - Credor hipotecário - Responsabilidade inexistente. - A participação do credor hipotecário no contrato de compra e venda do imóvel hipotecado, como anuente, e sendo o beneficiário do preço pago, revela a aplicação prática do direito de seqüela e do direito de preferência, próprios do instituto da hipoteca, mas não lhe transmite responsabilidade pela diferença de área do aludido imóvel, pois o instituto da hipoteca não confere ao seu beneficiário os atributos dos arts. 485 e 524 do CC de 1916. Inclusive, é vedado ao credor hipotecário apossar-se do imóvel à satisfação do seu crédito, a teor do art. 765 do aludido código, o que reforça a completa improcedência desta ação *quanti minoris*. Apelação desprovida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Sr. Presidente. Acuso recebimento de memorial atinente à espécie processada, ao qual dei muita atenção.

Cuida-se de apelação aviada pela MRV Serviços de Engenharia Ltda. contra sentença que julgou improcedente ação ordinária, aforada contra o Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais S.A.-BDMG.

As razões recursais das partes e a motivação pela qual se deixou de solicitar o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explanadas, sucintamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por adequar-se aos requisitos de sua admissibilidade.

A apelante sustenta que o banco-apelado interveio na compra e venda do imóvel, objeto deste feito, na condição de anuente do negócio, por ser credor hipotecário de um dos partícipes, pelo que se pactuou nessa avença que o preço seria pago diretamente ao mesmo. Assim, entende que restou caracterizada a posse indireta do apelado sobre o aludido imóvel, gerando-lhe responsabilidade pelo negócio que o envolveu, decorrência de que responderá pela devolução do preço pago a maior, por ter-se patenteado uma diferença, a menor, da área do imóvel daquela constante da escritura.

Sem razão a apelante, porquanto o seu raciocínio guarda um sofisma jurídico insustentável, espelhado na lógica de se repassar ao credor hipotecário a condição de proprietário ou possuidor do imóvel, o que se encontra em total desconformidade com as disposições dos arts. 485, 524 e 809, todos do Código Civil de 1916. Ora, a hipoteca é um direito real de garantia, pelo qual o direito do credor fica garantido pelo imóvel dado pelo devedor, por meio de um vínculo real, ao cumprimento de sua obrigação, nos termos do art. 755 do aludido código, a demonstrar que esta garantia não habilita o credor a dispor da coisa, ao contrário do sustentado pela apelante.

A extensão dos direitos do credor hipotecário é bem delimitada por MARCO AURÉLIO S. VIANA, consoante sua lição, que ora se transcreve:

> Na hipoteca a posse do bem dado em garantia continua com o devedor. Este só a perde se houve venda judicial, em decorrência da excussão hipotecária, em havendo inadimplemento. Não é demais lembrarmos que não se admite o pacto comissório (art. 765 do CC), não podendo o credor receber o imóvel em decorrência do não-cumprimento da obrigação.
>
> O credor goza do *direito de seqüela* e do *direito de preferência*. Pelo primeiro, acompanhará as mutações, pelas quais passe o bem, podendo exigir a venda mesmo que tenha havido alteração na titularidade do domicílio; pelo segundo, será pago preferencialmente aos demais credores (o negrito é do autor). (*Curso de Direito Civil*, Ed. Del Rey, 1993, v. 3, p. 313.)

Por conseguinte, resulta que a participação do apelado no contrato de compra e venda do imóvel hipotecado, como anuente, e sendo beneficiário do preço pago, a meu ver, revela a aplicação prática dos supra-apontados direitos de seqüela e de preferência, e não gera as conseqüências pretendidas pela apelante. Neste aspecto, saliente-se que o credor hipotecário, ante o descumprimento da obrigação pelo devedor, haverá de valer-se da execução hipotecária, redundando no praceamento do bem hipotecado, à satisfação do seu crédito, sendo-lhe, todavia, vedado apossar-se do aludido bem para atender a esta finalidade, a teor do pré-falado art. 765 do CC de 1916.

Enfim, emerge que o instituto da hipoteca não confere ao seu beneficiário os atributos dos art. 485 do referenciado código, e, muito menos, é hábil a transmitir propriedade do imóvel hipotecado. Em decorrência, infere-se pelo acerto da conclusão insita na sentença que o apelado não é responsável pela diferença de área havida no imóvel hipotecado, a conduzir à inexorável improcedência da presente ação.

De outra face, inócuas ao deslinde da controvérsia em apreço as argüições da apelante atinentes à natureza da venda do imóvel hipotecado, o que é óbice à sua apreciação pela Turma Julgadora.

Isto posto, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - MAGISTÉRIO - VICE-DIRETORIA DE ESCOLA ESTADUAL - FUNÇÃO PÚBLICA - APOSTILAMENTO - DIREITO NÃO OUTORGADO POR LEI

- O servidor que exerce a função de vice-diretor da rede estadual de ensino tem direito à gratificação de função no percentual de 25% sobre o respectivo vencimento, não fazendo jus, entretanto, ao apostilamento quando retorna ao cargo efetivo originário, uma vez que a vice-diretoria é considerada função pública gratificada, e não cargo em comissão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 322.489-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Magistério - Apostilamento - Vice-diretoria de escola estadual - Função pública - Direito não outorgado por lei. - O exercício da função de vice-diretor da rede estadual de ensino outorga ao servidor a gratificação de função no percentual de 25% sobre o respectivo vencimento, não gerando direito, contudo, ao apostilamento quando do retorno ao cargo efetivo originário. Recurso a que se nega provimento.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Maria Helena de Souza Galbiati em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega a apelante que pretende, por esta via, ver declarado o seu direito ao apostilamento proporcional a 1/6, por haver exercido o cargo de vice-diretora de escola estadual. Aduz que a legislação que rege o tema levou o Magistrado de origem a se equivocar quanto à impossibilidade de se reconhecer o apostilamento ao servidor que exerça função comissionada, matéria que - argumenta - não se mostra relevante para o deslinde da controvérsia. Ressalta que o art. 1º da Lei nº 12.459/97 garante o direito invocado, já que foi nomeada em decorrência de indicação feita após avaliação de seus conhecimentos e aprovação de seu nome pela comunidade escolar.

Faz menção, por fim, à Lei nº 13.434/99, destacando o inciso 2º do parágrafo único do referido diploma legal.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Ao que se vê dos autos, pretende a apelante, através da ação ordinária em comento, ter reconhecido o seu direito ao apostilamento proporcional a 1/6, nos termos das Leis 12.459/97 e 13.434/99, por haver exercido a função comissionada de vice-diretora de escola estadual do início de 1997 a fevereiro de 1998.

Aduz que é servidora pública efetiva do quadro de magistério, tendo-se aposentado no cargo de professora, argumento utilizado pela Administração Pública para lhe negar o direito à apostila. Faz um panorama sobre a legislação que entende aplicável ao caso e requer, ao final, a declaração do direito de apostilar-se proporcionalmente a 1/6.

O Estado de Minas Gerais, aqui apelado, contesta a demanda, alegando que o encargo de vice-diretora não corresponde a cargo comissionado, mas sim a função gratificada, no caso, com o montante de 25% sobre o valor do vencimento. Ressalta, ainda, que a mencionada gratificação de 25% advém da Lei nº 11.091/93, alterada pela Lei nº 11.114/93, afirmando que o período de exercício na função de vice-diretor não é computado para efeito de integralização de tempo de serviço para fins de título declaratório, por não se tratar de uma função criada pelo art. 229 da Lei nº 2.610/62. Assevera, ainda, que o tempo de exercício declinado na inicial não lhe outorga qualquer direito.

Todavia, em sentido contrário à narrativa exordial, pela qual se colhe que a apelante exerceu a função de vice-diretora por apenas um ano, traz o recorrido o documento de fls. 115/116, dando notícia de que a recorrente esteve na função de vice-diretora por quatro anos, isto é, 1994 a 1998. A apelante, por sua vez, requer o desentranhamento do mencionado documento, aduzindo que este apenas reflete a opinião do Estado-réu.

O MM. Julgador singular, diante dos elementos constantes dos autos, julgou improcedente o pedido inicial, ao argumento de que o direito à apostila se destina aos servidores ocupantes de cargo, e não de função pública.

Neste momento, através do recurso de apelo, afirma, novamente, a recorrente que exerceu a função de vice-diretora de escola estadual pelo período de um ano, o que lhe dá direito à apostila proporcional a 1/6, nos termos do parágrafo único, inciso II, da Lei nº 13.434/99.

Logo, ao que se vê, o aspecto fático da lide encontra-se envolto em certa contradição. Vale dizer, a apelante afirma categoricamente que exerceu por apenas um ano a função de vice-diretora. O Estado, a seu turno, traz documento demonstrando que foram quatro anos de exercício. A recorrente não reconhece este tempo e requer o desentranhamento do aludido documento.

Em princípio, tal desencontro poderia trazer conseqüências mais graves, já que a Lei nº 9.532/87 reconhece o direito ao apostilamento proporcional àquele servidor que seja afastado do cargo de provimento em comissão, cujo exercício tenha perdurado por quatro anos. É o que se colhe do parágrafo único do art. 1º do mencionado diploma legal.

Confira-se:

> Art. 1º Ao funcionário público que, no exercício de cargo de provimento em comissão, dele for afastado sem ser a pedido ou por penalidade, ou se aposentar, fica assegurado o direito de continuar percebendo a remuneração do cargo, desde que o seu exercício compreenda período igual ou superior a 10 (dez) anos, consecutivos ou não.
>
> Parágrafo único. Se o período for inferior a 10 (dez) anos e igual ou superior a 4 (quatro) anos, o funcionário terá direito, a título de vantagem pecuniária, por ano de exercício, a 1/10 (um décimo) da diferença entre o vencimento do cargo em comissão e do cargo efetivo ocupado, que será somado ao vencimento do cargo efetivo.

No caso dos autos, todavia, o pleito da recorrente se fulcra em legislação específica, aplicável ao magistério do Estado de Minas Gerais, isto é, nas Leis 12.459/97 e 13.434/99.

Eis o que preceitua o art. 1º da Lei nº 12.459/97:

> Art. 1º Ao servidor público efetivo, afastado do exercício de cargo de provimento em comissão para o qual tenha sido nomeado em decorrência de indicação feita após avaliação de seus conhecimentos e aprovação de seu nome pela comunidade, em processo cujos critérios tenham sido estabelecidos em regulamento, fica assegurado o direito de continuar a perceber a remuneração do cargo em comissão, desde que cumpridas as seguintes condições (*omissis*).

Referido diploma legal foi revogado pela Lei nº 13.434/99, que assim disciplinou a questão:

> Art. 1º (...)
>
> Parágrafo único. Ao servidor que, até a data de publicação desta lei, tenha exercido ou esteja exercendo cargo em comissão para o qual tenha sido nomeado nos termos das leis referidas no *caput* deste artigo, fica assegurada a continuidade de percepção dos vencimentos, gratificações e demais vantagens inerentes ao cargo, na seguinte proporção:
>
> I (...)
>
> II - o valor correspondente a 1/6 da diferença entre o vencimento do cargo em comissão e o do cargo efetivo ocupado, por ano ou fração igual ou superior a seis meses de efetivo exercício.

Logo, ao que se vê, a legislação que rege o tema assegura o apostilamento ao servidor que tenha exercido ou esteja exercendo cargo em comissão.

A apelante, todavia, pretende apostilar-se pelo exercício da função de vice-diretora de escola estadual, hipótese não contemplada pelas leis de regência.

É que a Lei nº 11.114/93, alterando a redação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 11.091/93, deixou explícito que a vice-diretoria será considerada função pública gratificada, e não cargo em comissão. Tanto assim que segregou a função de vice-diretor dos cargos de supervisor pedagógico, orientador educacional e de administrador escolar, a partir de 1º de março de 1993 e, portanto, anteriormente à assunção do "cargo" pela apelante.

Importante salientar, neste ponto, que a distinção entre cargo e função não se faz apenas para fins didáticos, possuindo repercussões práticas.

Enquanto o cargo é o lugar instituído na organização administrativa para ser provido e exercido por um titular, com denominação, atribuições e estipêndio próprios, a função é apenas e tão-somente o conjunto de atribuições que a Administração confere ao agente público.

Registre-se, neste diapasão, que a função de vice gera apenas uma expectativa de direito ao exercício do cargo, correspondente à suplência.

Sendo assim, não há como estender à apelante o direito ao apostilamento, já que este fora outorgado apenas ao servidor efetivo que viesse a ocupar cargo em comissão, tendo em vista possuir o cargo estipêndio próprio, o que justifica o instituto. Já a função, por se tratar de mera atribuição, faz com que o servidor seja remunerado através de gratificação pelo seu exercício, não gerando direitos ulteriores.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença.

Custas, pela apelante, cuja exigibilidade fica suspensa, a teor do art. 12 da Lei nº 1.060/50, por litigar sob os auspícios da assistência judiciária gratuita.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS - EXCEDENTES - EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS - NOVO CONCURSO PÚBLICO - NOMEAÇÃO DOS APROVADOS - ALEGADA PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS NO CERTAME ANTERIOR - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA

- Os candidatos aprovados em concurso público além do número de vagas oferecidas pelo edital não podem alegar preterição ou postular direito à nomeação, ao se criarem novas vagas, ou quando da nomeação dos aprovados em novo certame, mormente se ainda existirem candidatos melhor classificados para serem nomeados.

- V.v.: - A nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o preenchimento de vagas existentes antes de escoado o prazo de validade do concurso anterior, em detrimento de candidatos já aprovados e classificados como excedentes, viola direito líquido e certo destes. (*Des. Fernando Bráulio*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.354-1/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator para o acórdão: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concurso público - Candidatos aprovados além do número de vagas - Excedentes - Expectativa de direito à nomeação - Criação de novas vagas - Novo concurso público - Nomeação dos aprovados - Alegada preterição de candidatos aprovados no certame anterior - Inexistência de direito líquido e certo - Segurança denegada - Recurso improvido. - Não podem os candidatos aprovados em concurso público alegar preterição ou postular direito à nomeação, mormente se classificados além do número de vagas previsto no edital, ao se criarem novas vagas e quando da realização de novo certame com nomeação dos aprovados, existindo, ainda, *in casu*, candidatos melhor classificados para serem nomeados.

- V.v.: - Concurso público - Candidatos aprovados - Excedentes - Criação de novas vagas - Realização de novo concurso para o mesmo cargo antes de expirado o prazo do concurso anterior. Direito líquido e certo - Denegação da segurança em primeiro grau - Provimento da apelação. - A nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o preenchimento de vagas existentes antes de escoado o prazo do concurso anterior, em detrimento de candidatos já aprovados e classificados como excedentes, viola direito líquido e certo destes.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator para o acórdão. - *Fernando Bráulio* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo recorrido, o Dr. Aloísio da Silva Lopes, e assistiu ao julgamento, pelo recorrido, o Dr. Vilson Segundo de Souza.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Sr. Presidente. Dei atenção à sustentação oral produzida pelo Dr. Aloísio da Silva Lopes.

O meu voto é o seguinte:

Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, sem preparo, por acharem-se os apelantes amparados pelo benefício da assistência judiciária gratuita.

Impõe-se a reforma da sentença apelada.

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual os impetrantes buscam sua nomeação para o cargo de Motorista II do Demlurb-Departamento Municipal de Limpeza Urbana de Juiz de Fora, alegando que juntaram aos autos prova documental suficiente para o reconhecimento de seu direito líquido e certo.

Os impetrantes, ora apelantes, ajuizaram a ação em 26 de março de 2002, dentro do prazo decadencial de 120 dias, sendo certo que o ato da autoridade coatora, na pessoa do Diretor-Geral do Demlurb, tido como ilegal pelos impetrantes, ocorreu quando da nomeação dos candidatos aprovados no concurso realizado antes de findo o prazo de dois anos do concurso anterior.

A questão cinge-se ao questionamento quanto à possibilidade de ser encerrado o prazo de validade do concurso com o preenchimento das vagas oferecidas.

Encontra-se sedimentado na doutrina e na jurisprudência que a nomeação de candidatos aprovados em concurso público é ato discricionário, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração, pelo que não têm aqueles direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

No caso dos presentes autos, a questão, no entanto, cinge-se ao aspecto do prazo de validade do concurso, sendo de se questionar se o preenchimento do número de vagas constante do edital equivale ao escoamento desse prazo.

Dispõe o art. 12, § 2º, da Lei 8.112/90, que "*não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado*", sendo certo que tal prazo é o de dois anos, constante do art. 37, III, da Constituição Federal.

Não pode haver, portanto, a interpretação segundo a qual o prazo de validade se vincula ao preenchimento das vagas.

Por outro lado, consta expressamente do item 5.2.1 do edital que os candidatos que obtivessem 60 pontos seriam considerados aprovados para fins de ordem de classificação final; e os impetrantes obtiveram essa pontuação mínima.

Outro ponto controvertido na análise do caso presente diz respeito à criação de novas vagas no período entre o primeiro e o segundo concursos.

Ora, se os candidatos foram considerados aprovados, mas ficaram classificados como excedentes, por terem sido preenchidas as dez vagas do concurso anterior, e houve a criação de novas vagas antes de decorrido o prazo de dois anos, por certo que não podem ser preteridos com a nomeação de candidatos aprovados no novo concurso, por ainda estar em curso o prazo legal do concurso anterior.

Na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

> os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como conseqüência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as *vagas existentes dentro de seu prazo de validade, quer já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois.* É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma 'letra morta' (*Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 48).

Nesse sentido também a jurisprudência de nossos tribunais, como se vê do seguinte aresto:

> Administrativo - Candidato aprovado em concurso público, dentro do respectivo prazo de validade - Proibição legal de abertura de novo concurso - Preferência de nomeação do candidato aprovado no concurso anterior - Art. 12, § 2º, da Lei nº 8.112/90 e art. 37, IV, da Constituição - 1. A jurisprudência evolui no sentido da proteção de interesses legítimos (não apenas de direitos subjetivos), mediante controle, sob o prisma da razoabilidade, do exercício da discricionariedade administrativa. - 2. Se a Administração abre novo concurso, havendo candidato aprovado em concurso anterior para o mesmo cargo, ainda vigente, revela inequívoca intenção e necessidade de provê-lo, caso em que tem preferência para nomeação o candidato do concurso anterior (art. 37, IV, da Constituição) (TRF 1ª R. - REO 34000141405 - DF - 5ª T. - Rel. Juiz João Batista Moreira - *DJU* de 20.03.2002 - p. 285).

Somente o fato da criação de novas vagas dentro do período de vigência do primeiro concurso não seria razão suficiente para que surgisse o direito líquido e certo dos impetrantes à sua nomeação para o preenchimento dessas novas vagas. No entanto, tendo sido nomeados candidatos aprovados no segundo concurso, restaram preteridos os candidatos aprovados no concurso anterior, exsurgindo daí seu direito líquido e certo, já não decorrente de possível ato discricionário, mas de ato vinculado.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação para, cassando a sentença apelada, conceder a segurança.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Quero registrar, inicialmente, que ouvi com a atenção merecida a sustentação do Dr. Aloísio da Silva Lopes.

O meu voto é o seguinte:

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

Cuidam os autos de apelação (fls. 173/178-TJ) contra a r. sentença (fls. 168/171-TJ), que denegou a segurança impetrada por Flávio Luiz Cerqueira e outro em face de ato praticado pelo Diretor-Geral do Departamento Municipal de Limpeza Urbana de Juiz de Fora-Demlurb.

Alegam os impetrantes, na inicial (fls. 02/07-TJ), em suma, terem sido aprovados e classificados no concurso público promovido pelo Departamento Municipal de Limpeza Urbana de Juiz de Fora-Demlurb, para preenchimento de vagas em empregos públicos, para o cargo de Motorista II, classificando-se em 14º e 18º lugares, mas irresignam-se contra ato do Diretor-Geral de tal Departamento que, ao invés de nomear os concursados, promoveu outro concurso dentro do prazo de dois anos daquele, nomeando os novos aprovados, entendendo haver afronta a seus direitos líquidos e certos, requerendo, por fim, a concessão liminar da segurança, para se promover a nomeação dos mesmos no cargo de Motorista II, com a posterior concessão definitiva da segurança.

Nas informações (fls. 93/108-TJ), a autoridade apontada coatora sustenta, preliminarmente, a impropriedade da via processual eleita, bem como a decadência da ação, dizendo, no mérito, que as dez vagas legalmente deferidas e constantes do edital do concurso foram completamente exauridas, entendendo que não fez nada mais do que cumprir a lei, impondo-se a denegação da segurança.

O d. Juiz *a quo* entende ser inviável a concessão liminar da ordem (fl. 157-TJ).

O Ministério Público de primeiro grau opina pela concessão da ordem (fls. 161/166-TJ).

O d. Magistrado *a quo*, na r. sentença (fls. 168/ 171-TJ), rejeita as preliminares suscitadas, asseverando, no mérito, em resumo, que os candidatos aprovados em concurso, enquanto não nomeados, detêm apenas expectativa de que sejam convocados, pontificando que "a expectativa converte-se em direito quando, no prazo de validade do concurso, a Administração deixa de nomear todos ou parte dos aprovados, promovendo novo certame", o que não foi o caso dos autos, já que oferecidas no edital do concurso apenas dez vagas, entendendo que o prazo de validade do mesmo se vincula estritamente ao preenchimento das vagas, não vislumbrando, assim, lesão a direito líquido e certo ou mesmo ação ilícita por parte do impetrado, daí que denega a segurança.

Inconformados, recorrem os impetrantes (fls. 173/178-TJ), reafirmando os argumentos iniciais por considerar que a Administração Pública não poderia "abrir" outro concurso público enquanto houvesse candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado; requerem, portanto, o provimento do recurso.

Contra-razões apresentadas às fls. 181/ 190-TJ.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso (fls. 198/ 207-TJ).

Ouso divergir do em. Relator, já que, da análise de todo o processado, observo que a d. sentença deve ser mantida, improvido o recurso de apelação.

Senão vejamos.

Prima facie, sabe-se que, em virtude de sua autonomia constitucional, as entidades estatais são competentes para organizar e manter seus servidores; para isso, podem criar e extinguir cargos, funções e empregos públicos, instituir carreiras e classes; fazer provimentos e lotações, bem como estabelecer sua remuneração e circunscrever seus direitos e deveres, mediante regras disciplinares, devendo preservar o princípio de acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas consagrado na Constituição Federal de 1988, *verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (*omissis*).

Diz a doutrina:

> A Constituição estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (...), mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada a nomeação para cargos de provimento em comissão.
>
> (...) o que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta ou fundacional. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO - *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed., 1998, p.193).

Como regra, a Constituição Federal estabelece, pois, que o acesso aos cargos, empregos e funções públicas seja feito por meio de concurso, admitindo-se recrutamento amplo para os cargos em comissão, "*a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei*" (artigo 37, V).

Há, entretanto, além dos cargos em comissão, previsão expressa na Constituição Federal de outras hipóteses, excepcionais, em que a nomeação prescinde do concurso público, como no caso de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

A par de tal discussão, pelo que se observa, *in casu*, os apelantes Flávio Luiz Cerqueira e Marcos de Souza Sérgio Ferreira, aprovados, respectivamente, em 14º e 18º lugares para o emprego público de motorista, *pretendem*, em verdade, sua *nomeação para ocupar emprego para o qual não demonstraram haver vaga*, sendo que, se é verdade que lograram aprovação no concurso público que prestaram (fl. 82-TJ), *também é certo que foram classificados além do número de vagas oferecidas pelo edital* (fl. 81-TJ), *que eram apenas dez, para as quais os candidatos melhor classificados já foram nomeados*, como informou o apelado (fl. 109-TJ).

A doutrina é uníssona no sentido de que:

> inexiste direito de candidato aprovado em concurso público a ser provido no cargo e, decorrência própria daí, nele investido (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, Saraiva, 1999, p. 222).

A jurisprudência, também, já assentou que não há direito adquirido à nomeação do candidato aprovado em concurso público, sendo ela sujeita ao número de vagas, à ordem de classificação no certame e ao interesse e conveniência da Administração:

> Constitucional. Administrativo. Servidor público. Concurso público. Direito à nomeação. Súmula 15-STF. - A aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito, que surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF. Mandado de segurança indeferido. (STF-MS 21.870-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, *DJ* de 19.12.94, p. 35.181. No mesmo sentido, entre outros, RE 290.346-MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma.)

Como bem asseverado pelo d. Magistrado:

> Tenho como claro que, evidenciada a necessidade de preenchimento das vagas para o cargo de Motorista II do Demlurb, e, tendo a Administração Pública realizado novo processo seletivo, os candidatos aprovados no antigo certame não poderiam ser preteridos. Entretanto, tal orientação cabe apenas àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas pelo Edital e estes, como visto nos autos já foram nomeados. Sendo assim, não tendo sido os impetrantes aprovados dentro do número de vagas oferecidas, a realização de novo concurso não lhes importou em ofensa (fl. 170-TJ).

Como se vê, inexistente direito líquido e certo a ser tutelado, outra não poderia ter sido a conclusão judicial.

Por todo exposto, no caso concreto, *nega-se provimento ao recurso, confirmando-se a bem-lançada sentença* a qua.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Silas Vieira - Ouvi com a devida atenção a sustentação produzida da tribuna pelo Dr. Aloísio da Silva Lopes.

A nomeação de servidor aprovado em concurso público é ato discricionário do administrador, sendo certo que a aprovação em concurso, dentro do número de vagas ofertadas ou a classificação como excedente ao número de vagas, confere ao aprovado mera expectativa do direito a ser nomeado.

No caso, os impetrantes não foram aprovados dentro do número de vagas previstas no edital do concurso; portanto, são excedentes. Não têm os impetrantes o direito líquido e certo a que perseguem.

Com estas considerações, acompanho o excelente voto proferido pelo em. Des. Revisor, pedindo vênia ao em. Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

PENSÃO - SERVIDOR FALECIDO - ART. 40, § 7º, DA CF/88 - AUTO-APLICABILIDADE - AFRONTA AO ART. 195, § 5º, DA CARTA MAGNA, AO EQUILÍBRIO FINANCEIRO ATUARIAL E À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - INOCORRÊNCIA

- A norma prevista no § 7º do art. 40 da Carta Magna é dotada de auto-exeqüibilidade, prescindindo de lei regulamentadora acerca do direito ao recebimento da totalidade dos proventos que perceberia o ex-servidor, acaso fosse vivo, reputando-se inconstitucional lei estadual que disponha de outra forma.

- Por ser direcionada ao legislador infraconstitucional, a determinação prevista no art. 195, § 5º, da Constituição da República não impedia a aplicação imediata do art. 40, § 5º, da CF, não o fazendo também quanto ao atual § 7º, porquanto tais dispositivos tratam de benefício outorgado pelo próprio constituinte.

- A observância do § 7º do art. 40 da Constituição Federal para o pagamento de pensão aos dependentes de servidores falecidos não implica ofensa às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao princípio da correlatividade da prestação frente ao benefício e à quebra do equilíbrio financeiro atuarial, pois não há barreiras para o constituinte primevo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 352.018-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Previdenciário - Pensão *post mortem* - Art. 40, § 5º, da CRF/88 - Art. 40, § 7º, após a EC nº 20/98 - Auto-aplicabilidade - Art. 195, § 5º, da Magna Carta - Norma destinada ao legislador ordinário. - 1 - A norma prevista no antigo art. 40, § 5º, da Constituição Federal, hoje § 7º, é dotada de auto-exeqüibilidade, prescindindo de lei regulamentadora acerca do direito ao recebimento da totalidade dos proventos que perceberia o ex-servidor, acaso fosse vivo, reputando-se inconstitucional lei estadual que disponha de outra forma. - 2 - Por ser direcionada ao legislador infraconstitucional, a determinação prevista no art. 195, § 5º, da Constituição da República não impedia a aplicação imediata do art. 40, § 5º, da CF, não o fazendo também quanto ao atual § 7º, porquanto tais dispositivos tratam de benefício outorgado pelo próprio constituinte.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Cuida-se de reexame necessário e apelo voluntário interposto contra a r. sentença de fls. 98/103, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, em mandado de segurança impetrado por Geralda da Silva Osório contra ato do Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais-Ipsemg - houve por bem conceder a ordem:

> para determinar à autoridade impetrada que proceda ao reajuste da pensão recebida pela impetrante,a fim de que venha a equivaler ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade, na data de seu falecimento, a qual será também acrescida dos benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade (fl. 103).

Inconformado, o Ipsemg aviou o presente apelo, sustentando, em suma, não haver fonte de custeio para a majoração pretendida pela impetrante, conforme determinam os artigos 195, § 5º, da CRF/88, e 264 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Aduz, por fim, que a concessão da segurança implicará quebra do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, bem assim acarretará violação à assim chamada Lei de Responsabilidade Fiscal.

Contra-razões às fls. 115/120.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, essa se manifestou, em sede de reexame necessário, pela confirmação da sentença de primeiro grau, ficando prejudicado o recurso voluntário (fls. 131/142).

Conheço da remessa oficial e do apelo espontâneo, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, Geralda da Silva Osório impetrou o presente *mandamus* em face de ato do Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg - visando à correspondência entre o valor da pensão que recebe e os proventos/vencimentos que estaria recebendo seu ex-cônjuge, se vivo estivesse.

Ab initio, não conheço do agravo retido de fls. 53/59, na medida em que o apelante, em suas razões, não requereu sua apreciação, dando azo, pois, à aplicação do art. 523, § 1º, do CPC.

Prosseguindo, antes de adentrar o mérito, reexamino a prefacial levantada pela autoridade apontada coatora, em sede de informações.

Asseverou o impetrado que a exordial não veio acompanhada de "*qualquer manifestação do* Ipsemg *que revele ter resistido à pretensão dos impetrantes (*sic*) quanto a pedido formulado nestes autos*" (fl. 65), afirmando, ainda, existir procedimento administrativo próprio para atualização de pensão, não havendo, por conseguinte, pretensão resistida, razão pela qual não há interesse de agir.

Contudo, em que pese o esforço empreendido, a prefacial não merece prosperar. Conforme será posteriormente explicitado, o direito da impetrante advém desde a Carta da República, de modo que a simples omissão da autoridade apontada coatora em não adequar o pensionamento à determinação constitucional constitui concreta resistência à atual pretensão, sendo dispensável, nesse tocante, qualquer prova documental.

Lado outro, a existência de procedimento administrativo, só por si, não impede o manejo da ação de segurança.

Com efeito, a seara judicial, via *mandamus*, apenas restará obstaculizada se o campo administrativo já tiver possibilitado o gozo do direito pretendido. *In casu*, por não ter escolhido o procedimento administrativo, não há falar em impedimento à impetração, assegurada que está a exeqüibilidade do provimento judicial, exeqüibilidade essa que, se ausente, representaria óbice ao remédio heróico.

Nesse diapasão, ao lecionar acerca da sobreposição das searas judicial e administrativa, HELY LOPES MEIRELLES esclarece, *verbis*:

> Quando a lei veda se impetre mandado de segurança contra 'ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução (art. 5º, I), não está obrigando o particular a exaurir a via administrativa para, após, utilizar-se da via judiciária. *Está, apenas, condicionando a impetração à operatividade ou exeqüibilidade do ato a ser impugnado perante o Judiciário.*
>
> *(...)*
>
> *O que não se admite é concomitância do recurso administrativo (com efeito suspensivo) com o mandado de segurança, porque, se os efeitos do ato estão sobrestados pelo recurso hierárquico, nenhuma lesão produzirá enquanto não se tornar exeqüível e operante (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção,* Habeas Data, *Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* Malheiros Editores. 25ª ed., 2003, p. 42). Marcamos.

Estando presente, pois, o interesse de agir, dada a necessidade e utilidade do provimento judicial, confirmo a rejeição da prefacial e, ato contínuo, adentro o *meritum causae*.

No plano meritório, observo que a controvérsia dos autos se cinge ao reconhecimento ou não da auto-aplicabilidade do antigo § 5º do art. 40 da Constituição Federal, hoje § 7º, bem assim à sua exegese dentro do ordenamento jurídico.

Pois bem.

Tenho para mim que a pronta exeqüibilidade dos dispositivos em comento é inegável, senão vejamos, primeiramente, através de suas interpretações:

Dispunha o art. 40, § 5º:

> O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Assim, *na sua primeira parte*, estabelecia expressamente que a pensão corresponderia à *totalidade* dos vencimentos ou proventos do segurado, sendo, portanto, inadmissível sua fixação abaixo desse limite, máxime se por lei hierarquicamente inferior. No que tange à expressão "*até o limite estabelecido em lei*", tem-se que diz respeito ao teto a ser fixado para a remuneração dos servidores, *numa digressão ao art. 37, XI, da Constituição Federal.*

Por sua vez, a EC nº 20/98, ao alterar o art. 40 da CR, não destoou de tal determinação, *verbis* :

> Lei disporá sobre a concessão do benefício por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

Destarte, percebe-se que foi *mantida intacta* a obrigatoriedade de correspondência entre a pensão e o que estaria percebendo o ex-funcionário público, remetendo à lei posterior apenas a disciplina de aspectos secundários dos benefícios, nunca o montante do valor em si, porquanto já estabelecido.

Não há falar, *data venia*, que o art. 195, § 5º, da Carta da República, ao exigir a prévia criação de fonte de custeio, impede a aplicação imediata dos dispositivos supra. A ordem compreendida no artigo sob testilha é endereçada ao legislador ordinário, determinando sua observância quando da criação ou majoração de *novos benefícios previdenciários*, não atingindo, portanto, os direitos outorgados pelo próprio constituinte, que os dotou de aplicabilidade imediata.

O mesmo se diga em relação ao art. 264 da Constituição Estadual, já que desde, a Constituição Federal, de 05.10.1988, existe a supracitada relação de igualdade.

No sentido do que até aqui foi expendido, a melhor doutrina:

(...) Trata-se de preceito auto-aplicável, não necessitando de qualquer integração ordinária para a sua percepção, bem como impede a edição de qualquer lei ou ato normativo que vise restringir o benefício da integralidade da pensão. Essa disposição aplica-se igualmente aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A lei a que se refere a EC nº 20/98 (§ 7º, art. 40. Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte...) não poderá restringir o direito do pensionista ao recebimento da totalidade da remuneração (ALEXANDRE DE MORAES, *in Direito Constitucional*, 10ª ed., 2001, p. 347).

A jurisprudência não é de outra forma, tendo o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais sufragado entendimento nesse tocante:

Ementa: Pensão. Deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º, da CF e do art. 36, § 5º, da CE. À impetrante deverão ser pagos os valores que lhe foram reconhecidos por sentença, desde a citação (Ap. Cível nº 196.560-7/00, Rel. Des. Isalino Lisbôa, publicado no dia 21.09.2001).

Ementa: Direito Previdenciário - Benefício da pensão por morte - Valor correspondente à totalidade da remuneração do servidor falecido - §§ 3º e 7º do art. 40, CF - Auto-aplicabilidade. - O valor do benefício da pensão por morte deve ser igual ao valor dos proventos do servidor falecido, correspondendo à totalidade da sua remuneração, consoante determinam os §§ 3º e 7º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, normas auto-aplicáveis que prescindem de lei ordinária dispondo sobre fonte de custeio total (Ap. Cível nº 223.843-4/00, Rel. Des. Carreira Machado, publicado no dia 21.02.2002).

Por fim, e como argumento definitivo, ressalte-se a exegese emprestada à matéria pela Suprema Corte:

Ementa: Auto-aplicabilidade do art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal - Pensão por morte - Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.

- As normas contidas nos parágrafos 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal não dependem de legislação infraconstitucional, por serem auto-aplicáveis. A revisão dos proventos da aposentadoria será efetuada sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos inativos quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos àquele.

- O valor da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, observado o texto inscrito no art. 37, XI, da Constituição Federal (STF - Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 27.06.97).

Por outro norte, acerca da propalada afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal, releva notar que a observância de norma constitucional não rende ensejo à sua violação, não sendo demais lembrar que não se está criando ou majorando benefícios, mas apenas fazendo cumprir determinação da própria Carta da República, ou seja, trata-se de uma situação em que se busca o correto pagamento da pensão a que faz jus a impetrante, direito assegurado aos dependentes de servidor.

Por fim, no que respeita à alegada violação ao princípio da correlatividade da prestação frente à contribuição, bem assim da quebra do equilíbrio financeiro-atuarial, vale reiterar o acima expendido, na exata medida em que o benefício foi garantido pelo constituinte primevo, o qual, como cediço, não encontra barreiras legislativas, razão por que não se vislumbram as anunciadas ofensas.

Dessa forma, de acordo com a fundamentação alinhavada, afiguram-se impertinentes as alegações de violação ao art. 40 da CRF/88, bem como a de majoração de benefício relativo à seguridade social sem indicação da fonte de custeio, nos termos da LC nº 101/2000, diploma regulador da responsabilidade fiscal, não sendo, inclusive, possível admitir-se que uma lei complementar contrarie expresso comando da Lei Maior.

Com essas considerações, não conheço do agravo retido (fls. 53/59) e, em reexame necessário, confirmo a bem-lançada sentença monocrática da lavra do Juiz Paulo de Carvalho Balbino, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*. Sem verba honorária, *ex vi* das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

É como voto.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADE SINDICAL - ART. 150, VI, *C*, E § 4º, DA CF/88 - REQUISITOS - ÔNUS DA PROVA - FAZENDA PÚBLICA - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - COBRANÇA - INCONSTITUCIONALIDADE

- As entidades sindicais de trabalhadores, em princípio, gozam de imunidade tributária, cabendo à Fazenda Pública desconstituir tal afirmação, comprovando a ausência de requisitos que autorizam o seu reconhecimento.

- É ilegítima a cobrança de Taxa de Limpeza Pública, porquanto tal serviço não se reveste da característica da especificidade e divisibilidade, bem assim porque tem base de cálculo idêntica à do Imposto Predial Territorial Urbano.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.602970-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MANUEL SARAMAGO

Ementa oficial: Tributário - Entidade sindical - Imunidade tributária - Requisitos - Presunção - Desconstituição - Inocorrência - Caracterização - Taxa de limpeza pública - Divisibilidade e especificidade - Ilegitimidade. - As entidades sindicais de trabalhadores, a princípio, gozam de imunidade tributária, cabendo à Fazenda Pública desconstituir tal afirmação, comprovando a ausência de requisitos que autorizam o seu reconhecimento. É ilegítima a cobrança da Taxa de Limpeza Pública, porquanto tal serviço público não se reveste da característica da especificidade e divisibilidade, bem assim porque tem base de cálculo idêntica à do Imposto Predial Territorial Urbano.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Manuel Saramago - Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de embargos aforados pelo apelante, incidentalmente à execução fiscal ajuizada pela apelada, cuja petição inicial foi instruída com a certidão da dívida ativa de fl. 04-TJ, apensa, relativa à cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU e da Taxa de Limpeza Pública, exercício 1990, sobre o imóvel localizado na Rua Salinas, 14.447, Bairro Horto, nesta Capital, de propriedade do apelante.

O art. 150, VI, *c*, § 4º, da Constituição Federal, em dicção clara, estabelece, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre: (...)

c) patrimônio, renda ou serviço dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, (...), sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei. (...)

§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas *b* e *c*, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas.

Extrai-se do dispositivo acima transcrito que o apelante, entidade sindical que representa os interesses dos trabalhadores de estabelecimentos bancários, a princípio, goza de imunidade tributária.

O estatuto de fl. 14-TJ demonstra que o objetivo social do apelante é:

lutar por melhores condições de vida e trabalho de todos os trabalhadores, em particular de seus representados e defender a independência e a autonomia da representação sindical, não auferindo, portanto, lucro.

O depoimento de fl. 63-TJ comprova, outrossim, que, até o ano de 1990, no imóvel discriminado na CDA de fl. 04-TJ, o apelante disponibilizava aos seus representados atendimento médico e odontológico. Ora, a utilização do referido imóvel para prestação de serviço médico e odontológico aos sindicalizados está a caracterizar, realmente, o exercício da finalidade essencial do recorrente, ou seja, proporcionar melhor condição de vida e de trabalho àqueles.

Acresce-se, ainda, que, através da missiva de fls. 20/21-TJ, datada de 16.09.96 - que, contudo, não retroage para alcançar o caso ora posto em julgamento -, o Município de Belo Horizonte houve por bem reconhecer que o apelante goza de imunidade tributária.

Não se pode olvidar, finalmente, que, sendo a imunidade tributária uma das formas de limitação ao poder de tributar, expressamente consagrada na Constituição Federal, consoante o dispositivo acima transcrito, cabia à apelada desconstituir os fatos alegados na exordial da presente ação de embargos, comprovando, outrossim, que o apelante distribui renda e patrimônio aos seus integrantes e que o imóvel tributado não se encontra afetado pelo exercício de sua finalidade precípua.

Referentemente, eis decisões proferidas por este Tribunal, *verbis*:

> Aliás, cabia à Fazenda Pública fazer prova de que o imóvel sede do sindicato houvesse, efetivamente, sido utilizado, no período supra, em finalidades diversas daquelas que lhe são inerentes, e não apenas alegar tal fato e disso pretender que o apelado fizesse prova contrária (Apelação Cível nº 171.919/4, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Lucas Sávio Gomes, j. em 09.03.00).
>
> Desde que haja declaração de utilidade pública e, em princípio, pelo que se informa, o sindicato tem uma finalidade exclusivamente voltada às suas atividades, a presunção é de que todas as suas rendas são empregadas para tal fim, competindo ao tributante a prova no sentido contrário, mesmo porque é quase que impossível, se o emprego de rendas do patrimônio é feito nas próprias atividades sindicais, e há prova positiva neste sentido.
>
> Daí entender que, por todas as presunções e indícios que advêm da própria condição da entidade, o ônus da prova deve ser de quem tributa, e não de quem é tributado (Apelação Cível nº 307.141-2, voto vencido, Revisor Des. Ernane Fidélis, j. em 17.02.03).

Lado outro, no que se refere à cobrança da Taxa de Limpeza Pública, a sentença está a merecer reparos.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, consolidando o entendimento de que é ilegítima e inconstitucional a cobrança da Taxa de Iluminação Pública e da de Limpeza Pública, uma vez que beneficia a população em geral, não se caracterizando, portanto, como um serviço público específico e divisível, a teor do estabelecido no inciso II do art. 145 da Constituição Federal.

Acresce-se, ainda, que a base de cálculo da Taxa de Limpeza Pública é o valor venal do imóvel. Idêntica, portanto, à do IPTU - Imposto Predial Territorial Urbano -, o que caracteriza flagrante violação ao disposto no § 2º do art. 145 da Carta Magna.

Referentemente, eis decisões proferidas pelo colendo STF, *verbis*:

> Em relação à taxa de coleta de lixo e de limpeza pública (TCLLP), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 206.777-SP, Relator o Sr. Ministro Ilmar Galvão (*DJ* de 30.4.1999) decidiu que sua cobrança, quando destinada não somente ao custeio da coleta de lixo domiciliar, mas também à da limpeza pública de maneira global, sem possibilidade de qualquer distinção entre as duas destinações, como ocorre no presente caso, é ilegítima, porquanto direcionada à remuneração de atividade estatal indivisível e inespecífica, que deve, portanto, ser custeada pelo produto da arrecadação dos impostos gerais (RE nº 356.607-5-MG, Relator o Ministro Carlos Velloso).
>
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acha-se consolidada no sentido de ser contrária à norma do artigo 145, § 2º, da Constituição, taxa municipal de limpeza pública que toma por base de cálculo a área do imóvel, fator indicativo do valor venal deste, elemento que serve de base de cálculo do IPTU (RE 100.729; RE 204.827).

Isto posto, hei por bem dar provimento ao recurso, reformando a sentença apelada, para julgar procedente o pedido inicial dos embargos aforados pelo apelante, julgando extinta a ação de execução por reconhecer a imunidade tributária do apelante, no que se refere ao IPTU e a ilegalidade da cobrança da Taxa de Limpeza Pública. Fica, conseqüentemente, invertida a verba sucumbencial fixada pela instância *a qua*.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO DO TRIBUTO - NOTIFICAÇÃO EDITALÍCIA - VALIDADE - CITAÇÃO IRREGULAR - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA PARTE - SUPRIMENTO - PRESCRIÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ART. 150, VI, *A*, DA CF - RESTRIÇÃO A IMPOSTOS - TAXAS MUNICIPAIS - ILUMINAÇÃO PÚBLICA E LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - SERVIÇOS GENÉRICOS E INDIVISÍVEIS

- O art. 145 do CTN não faz qualquer restrição quanto à notificação do lançamento de tributos feita por edital. Assim, a notificação por edital é plenamente válida como notificação regular, sendo faculdade da Administração Pública sua adoção.

- A irregularidade da citação é suprida pelo comparecimento espontâneo da parte em juízo, apresentando ampla defesa, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, máxime diante da ausência de prejuízo para a parte.

- O prazo de prescrição tem início na data da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, na data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento.

- A Constituição Federal/88 exigiu lei complementar para regular a prescrição em matéria tributária, não sendo, assim, aplicáveis à espécie as disposições do § 3º do art. 2º e do § 2º do art. 8º da Lei nº 6.830/80, prevalecendo, portanto, apenas a norma prevista no art. 174 do CTN.

- De acordo com o art. 150, VI, *a*, da CF/88, a imunidade recíproca tributária contempla somente os impostos, não se aplicando às demais espécies de tributo.

- Os serviços de limpeza e iluminação públicas não podem ser considerados específicos e divisíveis, porque proporcionam benefício a toda a coletividade, possuindo utilização genérica, sem vantagem direta para determinado contribuinte, fazendo-se ilegítimas as taxas municipais deles decorrentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.203-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Embargos à execução fiscal - Notificação editalícia - Validade - Citação irregular - Comparecimento espontâneo - Prescrição - Taxas municipais - Iluminação pública e limpeza pública - Inconstitucionalidade - Serviços genéricos e indivisíveis. - 1. A notificação de lançamento do tributo por meio de edital faz-se plenamente cabível, de acordo com art. 21 do Código Tributário do Município de Belo Horizonte. Ademais, o envio e o recebimento da guia de recolhimento do tributo em endereço constante dos cadastros do Município, fomentados pelos próprios contribuintes, caracterizam sua notificação pessoal. - 2. O comparecimento espontâneo do executado, em sede de embargos à execução, supre a citação irregular, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, mormente diante da ausência de prejuízo da parte. - 3. A imunidade recíproca tributária contempla somente o tributo imposto, não se aplicando a taxas, de acordo com art. 150, VI, *a*, da CF/88. - 4. Os serviços de limpeza e iluminação públicas não podem ser considerados específicos e divisíveis, porque proporcionam benefício a toda coletividade, possuindo utilização genérica, sem vantagem direta para determinado contribuinte, fazendo-se ilegítimas as taxas municipais deles decorrentes.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, REJEITAR AS DEMAIS E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de apelação cível (fls. 84/96-TJ) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte (fls. 77/82-TJ), que julgou procedentes os embargos do devedor opostos pelo Estado de Minas Gerais em face da execução fiscal movida pelo Município de Belo Horizonte.

Adotando-se o relatório da decisão objurgada, acresce-se que o d. Magistrado *a quo* (fls. 77/82-TJ) determinou a nulidade da CDA que instruiu a execução de todo processo executivo, diante da ausência de efetiva notificação do contribuinte, em afronta ao princípio do devido processo legal, considerando inidôneas a forma editalícia e a imprescindibilidade de notificação pessoal no lançamento de tributos, julgando procedentes os presentes embargos à execução e condenando a embargada ao pagamento de

custas e honorários advocatícios fixados em R$300,00 (trezentos reais), valor atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora.

Inconformada, a Fazenda Pública municipal-apelante recorre (fls. 84/96-TJ), aduzindo inexistência de cerceamento de defesa no âmbito administrativo, afirmando que o CTN não exige a notificação pessoal, mas tão-somente a regular notificação do contribuinte; alega, destarte, a regularidade da citação no processo de execução; a legalidade dos dados constantes na CDA; a inocorrência de prescrição do crédito executado; a inaplicabilidade do art. 150, § 2º, da CF/88 ao caso em concreto; e a constitucionalidade das taxas cobradas, pleiteando a reforma integral da r. sentença.

A apelada oferece contra-razões (fls. 100/106-TJ).

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 109/110-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 111-TJ).

Merece reforma a r. sentença de primeiro grau, senão vejamos.

Trata-se de embargos à execução fiscal de autoria do Estado de Minas Gerais contra o Município de Belo Horizonte, que tem como objeto a desconstituição da CDA que visa à cobrança de taxas municipais, quais sejam, a Taxa de Iluminação Pública e a de Serviços Urbanos.

O d. Magistrado reconheceu a imprescindibilidade da notificação pessoal dos tributos que deram origem à CDA questionada, sob o fundamento de violação da garantia constitucional da ampla defesa, não oportunizada pela citação por edital. *Data venia*, este não tem sido o melhor entendimento.

Dispõe o Código Tributário Nacional:

> Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de (...).

Saliente-se que a legislação federal se utiliza de termo amplo, sem qualquer restrição quanto à notificação por edital.

Lado outro, a legislação tributária (Lei Municipal nº 1.310/66) determina:

> Art. 21. O lançamento dos tributos e suas modificações serão comunicados aos contribuintes, individual ou globalmente, a critério da adminstração:
>
> I - através da notificação direta, feita com aviso, para servir como guia de recolhimento;
>
> II - através de edital publicado no órgão oficial;
>
> III - através de edital afixado na Prefeitura.

A notificação por edital, portanto, é plenamente válida como notificação regular, sendo faculdade da Administração Pública sua adoção. Conforme documentos de fls. 41/52-TJ, a notificação editalicia foi devidamente comprovada, devendo ser afastada alegação em contrário.

Mesmo se assim não se entendesse, a notificação pessoal foi promovida por meio de remessa de guia de recolhimento constante no Cadastro Imobiliário do Município, pelo qual se registra o nome do contribuinte como sujeito passivo de futuros fatos geradores do tributo, renovável anualmente, sendo responsabilidade do próprio contribuinte a atualização dos dados cadastrais no Cadastro de Anúncio de Belo Horizonte-Cadan/BH.

Como já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Taxa de fiscalização de anúncio - Notificação por edital - Legalidade - Pagamento à efetiva prestação de serviços específicos e divisíveis. (Apelação Cível nº 321.083-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator Des. Eduardo Andrade - Pub. em 21.03.03.)

No voto da apelação que se segue, pronunciou-se oi. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes:

> Acolhível seria a argumentação da apelante se não fosse possível identificar nos autos sua notificação do lançamento da Taxa de Fiscalização de Anúncio, todavia, a apelada trouxe prova desta notificação, consoante dispõe a cópia do edital de fl. 55, definindo a obrigação dos contribuintes de recolherem o referido tributo com relação ao de 1997. Neste aspecto, cumpre estabelecer a possibilidade de o Fisco municipal realizar este lançamento pela via editalícia, em razão da faculdade que o Poder Público tem de fazê-lo de ofício, consoante dispõe o art. 149, I, do CTN, bem como o art. 1º da Lei Municipal nº 3.924/84 (Apelação Cível nº 316.055-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Data da publicação: 04.04.2003).

Demonstrada a regular notificação, reforma-se a r. sentença de primeiro grau e passa-se à análise dos outros argumentos trazidos à lide, com fundamento no art. 515, § 1º e § 3º, do CPC, *in verbis*:

> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.(...)
>
> § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (Parágrafo acrescido pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Sustenta a apelante a nulidade da citação por ter-se efetivado na pessoa do Procurador-Geral do Estado, e não do Procurador-Geral da Fazenda Estadual. Razão não lhe assiste.

Ora, a irregularidade na citação foi validada pelo comparecimento espontâneo do réu (art. 214, §1º, do CPC), em sede de embargos à execução, sendo devidamente garantido o devido processo legal. Ademais, não restou demonstrado qualquer prejuízo à ré-apelante a ensejar a nulidade do processo.

Este tem sido o entendimento de nossos tribunais, *in verbis*:

> Processual Civil e Tributário. Embargos do devedor à execução fiscal de débito de ICMS declarado, e não pago. (1) Citação. Inexistência de nulidade. (2) Lançamento de ofício com base em declaração do próprio contribuinte. Desnecessidade de prévio procedimento administrativo. (3) Correção monetária pela UFESP. Ausência de prequestionamento. (4) Honorários advocatícios. Reexame de prova.
>
> - O comparecimento espontâneo da parte supre a citação (art. 214, § 1º, CPC). Ademais, por regra geral do Código de Processo Civil, não se dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: *pas de nulitté sans grief*. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte alegue oportunamente e demonstre o prejuízo que ela lhe causa (STJ - REsp 57.329-SP - Relator Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 20.03.1995, p. 06098).
>
> O comparecimento espontâneo da parte em juízo, apresentando ampla defesa, supre a nulidade da citação. Recurso improvido. (Apelação Cível 143.374-7/00(1) - Comarca de Belo Horizonte - Relator Des. José Brandão de Resende - Pub. 1º.07.1999.)

Rejeita-se a preliminar.

Quanto à preliminar de nulidade da CDA por conter dados contraditórios, mais uma vez, sem razão a apelante.

Nas CDAs de fls. 04/09-TJ, da execução fiscal em anexo, está presente a natureza da dívida, qual seja, Taxa de Iluminação Pública e Taxa de Serviços Urbanos e Limpeza Pública. Ademais, a própria Fazenda Municipal reconhece a cobrança apenas desses tributos, conforme fls. 88-TJ.

Assim, incabível o argumento de contradição dos dados da CDA.

Rejeita-se a preliminar.

No que tange à prescrição suscitada pela embargada-apelante, tem-se que, em parte, correta tal alegação. Senão vejamos.

Conforme demonstram as certidões de dívida ativa da execução em apenso, os fatos geradores das taxas municipais em comento ocorreram em 1996, 1997 e 1998 e o respectivo lançamento na mesma data.

Dispõe o art. 174, *caput*, do CTN:

> Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Para contagem do termo *a quo*, mister algumas considerações.

De acordo com posicionamento dominante, a que nos filiamos, o prazo de prescrição tem início na data da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, na data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento, "*sendo o processo administrativo algo exterior ao lançamento, e não dele integrante*" (ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2002, p. 312):

> Algumas vozes doutrinárias importantes com as quais não concordamos - sustentam que o crédito tributário só estaria definitivamente constituído depois de ultrapassada a fase do contencioso administrativo fiscal, que é instaurada com a impugnação do sujeito passivo (...).
>
> Sem desmerecer a autoridade dos ilustres defensores desse ponto de vista, entendemos, ao lado do pensamento que vemos ser dominante, que a constituição definitiva dá-se com o lançamento, que, por sua vez, aperfeiçoa-se com a notificação regular. (...)
>
> A nosso ver, o processo administrativo fiscal não é mecanismo integrante da realização do lançamento, mas sim posterior. A atividade da Administração Judicante tem natureza eminentemente jurisdicional e não se confunde com a atividade de lançamento

(ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2002, p. 270).

No caso em apreço, o lançamento das taxas cobradas, de fatos geradores de 1996, 1997 e 1998, deu-se com a notificação do contribuinte em 01/96, 01/97, 01/98, termo *a quo* da prescrição, findando-se em 01/2001, 01/2002 e 01/2003, nos termos do art. 174 do CTN. Da simples leitura dos autos, verifica-se que o ajuizamento da execução fiscal se deu em 07/2001 e a interrupção da prescrição, com a citação válida, a data do comparecimento espontâneo do executado, em embargos à execução, em 12/2001, fazendo-se certa a prescrição do crédito tributário em relação aos fatos geradores do exercício de 1996, devendo prosseguir quanto aos demais.

Ressalte-se que, ao contrário do sustentado pelo Município, a suspensão de 180 dias quando da constituição definitiva do crédito tributário, prevista do art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, não foi recepcionada pela Carta Maior de 1988. Como já manifestamos anteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, as normas gerais em matéria tributária sobre prescrição cabem à lei complementar. Portanto, em se tratando de crédito tributário, somente as normas de prescrição previstas no art. 174 do CTN, recepcionado como lei complementar, prevalecem, não se aplicando o art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, devido a sua natureza ordinária.

Da mesma forma, não se aplica o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, tendo em vista que a interrupção do prazo prescricional se dá somente nos casos previstos no CTN, recepcionado como lei complementar por nosso Texto Maior, afastando-se a aplicação de referido artigo, e, conseqüentemente, a interrupção da prescrição por simples despacho que determina a citação, pelos mesmos fundamentos supramencionados.

Conclui-se que houve prescrição dos créditos tributários referentes aos fatos geradores do exercício de 1996, constantes nos documentos de fls. 04-TJ, em apenso, declarando-se nula a certidão de dívida ativa respectiva, devendo a execução prosseguir quanto aos demais.

Noutro giro, o fundamento da embargante-apelada de imunidade recíproca não será acolhido, tendo em vista que a execução versa sobre taxas municipais, não acobertada por referida imunidade, cabível apenas aos impostos.

O texto constitucional é expresso ao dispor que a imunidade se refere somente aos impostos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
>
> VI. instituir *impostos* sobre:
>
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (grifo nosso).

Neste contexto, comenta o i. SACHA CALMON em sua obra intitulada *Curso de Direito Tributário Brasileiro*:

> Por primeiro, anote-se que esta imunidade não tem atuação sobre tributos, mas apenas sobre impostos, uma espécie do gênero.
>
> Do exposto, conclui-se que a regra constitucional da imunidade intergovernamental recíproca tem campo de atuação delimitado:
>
> a) não atua sobre as chamadas taxas e contribuições de melhoria que, aliás, só incidem sobre imóveis particulares (...) (Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, 6ª ed., p. 259).

Antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, a matéria já havia sido objeto de enunciado de súmula:

> Súmula 324. A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal não compreende as taxas.

Malgrado todos os argumentos afastados acima, entende-se que os de iluminação e limpeza públicas não podem ser considerados específicos e divisíveis, porque proporcionam vantagem a toda coletividade e possuem utilização genérica, sem benefício direto para determinado contribuinte, existindo afronta aos arts. 77/79 do CTN e 145, II, da CF/88 e sendo ilegais/inconstitucionais as taxas neles baseadas.

A respeito do tema, deve-se destacar a lição de ROQUE CARAZZA:

> Os serviços públicos se dividem em gerais e específicos. Os serviços públicos, dito também universais, são os prestados *uti uinversi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou pelo menos indeterminável) de pessoas.
>
> É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País, etc. Estes serviços são custeados pelos impostos (*Curso de Direito Tributário*, 11ª ed., 1998, p. 237).

HELLY LOPES MEIRELLES, também, observa:

> O serviço *uti universi* ou geral é aquele que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento, e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminalmente à população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua, o seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 14ª ed., p. 291).

E, na esteira, o autor JOSÉ NILO DE CASTRO, em sua obra cita RUY BARBOSA NOGUEIRA, que, por sua vez, adverte:

> Que não é constitucional, legal ou juridicamente possível cobrança de taxas ao município para custear serviço comum de iluminação pública. O custo desta manutenção é despesa geral, a ser custeada com a arrecadação de impostos (*Direito Municipal Positivo*, edição de 1996, p. 228/229).

Neste sentido também salienta a jurisprudência:

> A taxa de iluminação pública é ilegal e inconstitucional, pois fere a um só tempo o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, e o art. 77 do Código Tributário Nacional, quando ambos exigem que a taxa seja específica e divisível, o que não ocorre com a referida taxa ("*Jurisprudência Mineira*", 150/229; *Revista dos Tribunais*, 642/102).

O eg. Tribunal de Justiça tem tido a mesma orientação, como se vê das seguintes decisões:

> Taxa de Iluminação Pública. Serviço indivisível. Benefício auferido por toda a coletividade. - A teor do artigo 144, II, da Constituição Estadual, é inconstitucional a lei que institui a cobrança da taxa decorrente de serviço de iluminação pública, em razão de sua natureza genérica e indivisível, que afasta a possibilidade de prestação individual ao contribuinte. Julga-se procedente o pedido e declaram-se inconstitucionais os arts. 2º e 3º da Lei nº 21, de 7 de março de 1997, do Município de Chapada Gaúcha (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 238.929-4/00 - Comarca de São Francisco - Rel. Almeida Melo - Public. em 30.11.2001).
>
> ADIN - Taxa de Iluminação Pública - Inconstitucionalidade. - É ilegal a cobrança de taxa em razão de prestação de serviço de iluminação pública, por seu caráter genérico e indivisível prestado à coletividade como um todo, sem benefício direto para determinado contribuinte (TJMG - Apelação Cível nº 220.197-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Rel. Campos Oliveira - Public. em 18.12.2001).

Compartilham do mesmo entendimento acima esboçado os julgados deste colendo Tribunal de nºs 195.380-1, 210.895-9, 207.876-4, 210.407-3, 219.480-1 e 202.075-8.

Relevante também torna-se destacar as palavras do Min. Ilmar Galvão, em minucioso voto proferido como Relator no Recurso Extraordinário nº 200.777-6, publicado em 30.04.1999:

> Um exame da Lei 6.580/89, que dá embasamento à exigência da Taxa de Limpeza Pública, revela que o referido tributo se destina à remuneração dos serviços, não apenas de coleta de lixo domiciliar. Mas também da limpeza das ruas, de maneira englobada, sem possibilidade de qualquer distinção entre as duas destinações, como corretamente acentuado na decisão recorrida.
>
> Coincide o acórdão impugnado, neste ponto, com o entendimento deste Relator (RREE 190.126 e 185.050), que também tem por legítimo o lançamento de taxas quando calculadas sobre o custo da atividade estatal exercida *uti universi*, em benefício da população em geral, não permitindo que tais prestações possam ser destacadas em unidades autônomas, de molde a possibilitar a individualização de sua área de intervenção, tornando-se por isso, insuscetíveis de utilização separada, por parte de cada um de seus usuários.
>
> Em suma, não se está diante de serviço público divisível e referindo a determinados contribuintes, pelo menos no que tange à limpeza dos logradouros públicos, não havendo possibilidade, portanto, de ser custeado por meio de taxa, mas pelo produto dos impostos em gerais.

Deve-se salientar que os serviços tributados pelas referidas taxas não são suscetíveis de utilização individual, faltando-lhes, pois, os requisitos da especificidade e da divisibilidade, previstos no art. 145, II, da CF/88, sendo, portanto, ilegítima sua cobrança.

Os motivos expostos são suficientes para se verificar que se afiguram inconstitucionais as Taxas de Limpeza Pública - Serviços Urbanos e de Iluminação Pública, sendo desnecessária a análise das argüições em torno da identidade de suas bases de cálculo com a do IPTU, frisando que o julgador não está obrigado a analisar cada item alegado pelas partes, se apenas um deles é suficiente para convencê-lo de sua decisão.

Ex positis, reforma-se a r. sentença monocrática, para reconhecer a regularidade da notificação, e, nos termos do art. 515, §§1º e 3º, do CPC, acolhe-se parcialmente a preliminar de prescrição dos tributos referentes ao fato gerador de 1996, rejeitando-se as demais preliminares, e, quanto ao mérito, dá-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, REJEITARAM AS DEMAIS E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - EXAME DO PEDIDO FORMULADO - CONCESSÃO DA ORDEM - DECISÃO DE MÉRITO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - CONTRADIÇÃO - OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROCESSO LEGAL - NULIDADE

- O mérito do mandado de segurança reside na concessão ou não da ordem. Se o juiz indeferir a inicial por não ser caso de impetração ou por não-atendimento às exigências legais, não pode ele proceder ao exame do mérito. É contraditória e ofende o princípio do devido processo legal, sendo nula, portanto, a sentença proferida no *writ* em que o juiz indefere liminarmente a petição inicial e extingue o processo sem julgamento do mérito, mas denega a segurança, examinando detalhadamente o pedido formulado, resultando disso uma decisão de mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.03.005452-6/001 - Comarca de Vazante - Relator: Des. MACIEL PEREIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Sindicato - Registro no Ministério do Trabalho - Ausência - Sentença com fundamento de mérito - Extinção do processo sem julgamento de mérito - Contradição - Nulidade - Sentença de primeiro grau cassada. - O mérito do mandado de segurança reside exatamente na concessão ou não da ordem.

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 ACOLHER PRELIMINAR E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Maciel Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maciel Pereira - Conheço do presente recurso por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por Reginaldo Alves Pereira, Secretário Escolar da Prefeitura Municipal de Vazante, contra a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do senhor Prefeito Municipal, que reduziu os seus vencimentos e posteriormente, os suspendeu, por estar licenciado, presidindo o Sindicato dos Servidores Públicos da Municipalidade.

Entendeu o ilustre Juiz de primeiro grau que o impetrante não é titular de direito líquido e certo, vez que o sindicato não se encontra registrado junto ao Ministério do Trabalho. Indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

Em suas razões recursais, o impetrante inicialmente requer os benefícios da justiça gratuita.

Segue dizendo que o sindicato existe de fato e de direito desde 1º.10.2002, com registro no cartório competente e no CNPJ.

Que a Prefeitura não se manifestou a respeito de seu afastamento para dirigir a entidade, vindo somente a partir do mês de maio a suspender seu pagamento.

Alega que a falta do registro no Ministério do Trabalho vem sendo discutida nos tribunais, ainda não tendo entendimento pacificado.

Junta inúmeras decisões dos variados tribunais, visando amparar sua pretensão.

O ilustre representante do Ministério Público de origem opina, às fls. 203/219, pela concessão da segurança.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer ministerial de fls. 225/227, pela cassação da sentença de primeiro grau.

Inicialmente, defiro o pedido de assistência gratuita formulado, nos termos da legislação atinente à matéria.

Examinando os autos, vejo que Reginaldo Alves Ferreira, Secretário Escolar, foi eleito em 1º.10.2002 para presidir o Sindicato dos Servidores Públicos de Vazante, que tem registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos na Municipalidade, bem como no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, CNPJ.

O Prefeito Municipal, que não se manifestou diante de sua comunicação de afastamento para exercer as prerrogativas do cargo, efetuou o pagamento do servidor a partir de dezembro com redução, até o mês de abril de 2003, vindo no mês de maio a suspender na totalidade os vencimentos do apelante.

Assim, o apelante impetrou mandado de segurança visando liminarmente ao restabelecimento de seus vencimentos e à concessão da segurança em definitivo, para reconhecer o seu direito de ser remunerado por todo o mandato, para o qual foi eleito.

A inicial foi liminarmente indeferida denegado-se a segurança e extinguindo o processo sem julgamento de mérito, ao fundamento de que o impetrante não é titular de direito líquido e certo, já que o Sindicato não tem registro junto ao Ministério do Trabalho.

Verifico, que a sentença é contraditória.

Fundamentando a decisão na ausência de direito líquido e certo, vez que entende o ilustre Magistrado, ser necessário o registro do sindicato junto ao Ministério do Trabalho para sua regular constituição, acaba por adentrar o mérito, contudo, extingue liminarmente o processo sem julgamento de mérito.

Assim, foi o desfecho da decisão:

> Com essas considerações, por não ser o impetrante titular de direito líquido e certo, indefiro liminarmente a inicial, denegando a segurança e extinguindo o processo sem julgamento de mérito.

O mérito do mandado de segurança reside exatamente na concessão ou não da ordem. Se pretendia o ilustre Juiz indeferir a liminar, por não ser a via processual adequada ou por ausência dos requisitos do mandado de segurança, não havia que se proceder ao exame do mérito, como foi feito, tampouco, fazer registrar a denegação ou concessão da segurança.

Preceitua o artigo 8º da Lei 1.533/51:

> Art. 8º. A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta Lei.

A respeito do dispositivo supracitado ensina HELY LOPES MEIRELLES que:

> A sentença em mandado de segurança poderá ser de carência ou de mérito se, antes, não tiver sido indeferida a petição inicial, por não ser o caso de impetração, ou por não atender às exigências formais da lei (art. 8º). A carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições do direito de agir, tal como previsto no artigo 267, VI, do CPC. A sentença de mérito, decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde sua existência até sua liquidez e a certeza diante do ato impugnado, para concluir pela concessão ou denegação da segurança.

Ora, o ilustre Magistrado não apontou liminarmente os defeitos da inicial, a justificar a extinção do feito sem julgamento de mérito, ao contrário, denegou a segurança, em detalhado exame do pedido formulado, resultando, disso, uma decisão de mérito.

A decisão restou prematura, atropelando o procedimento legal do mandado de segurança, não assegurando os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão ao direito da parte, configurando ofensa ao princípio do processo legal.

Portanto, caracterizada está a nulidade da sentença.

Nesse sentido, concluo que a sentença proferida deve ser anulada, para que prossiga o feito com o cumprimento regular do devido processo legal, bem como das formalidades inerentes ao mandado de segurança, especialmente, a notificação do impetrado para apresentar suas contra-razões.

Pelo exposto, acolhendo a nulidade argüida pelo ilustre Procurador de Justiça, casso a sentença de primeiro grau, determinando o prosseguimento do

feito em consonância com a legislação reguladora do mandado de segurança.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR E CASSARAM A SENTENÇA.

CONTRATO BANCÁRIO - FINANCIAMENTO - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE - INADIMPLÊNCIA - VENCIMENTO ANTECIPADO DE TODA A DÍVIDA - MULTA E JUROS MORATÓRIOS CONTRATADOS - CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS - POSSIBILIDADE

- Aos contratos bancários de financiamento garantidos por cédula de crédito industrial e regidos por legislação própria (Dec.-lei nº 413/69) não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- Estando expressamente previsto no Dec.-lei nº 413/69 o vencimento antecipado de toda a dívida, em caso de inadimplemento contratual, não há que se falar em nulidade da execução.

- Nos empréstimos de dinheiro, é lícita a contratação de juros moratórios, inclusive capitalizados, consoante disposições contidas no art. 591 do atual Código Civil e nas Súmulas 93 do STJ e 596 do STF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.587447-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Contrato de financiamento - Cédula de crédito industrial - Cláusulas contratuais - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Inadimplência - Vencimento antecipado de toda a dívida - Multa e juros moratórios contratados - Possibilidade de capitalização de juros. - Não se aplicam aos contratos bancários de financiamento, garantidos por cédula de crédito industrial e regidos por legislação própria (Dec.-lei 413/69), as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Estando expressamente previsto no Dec.-lei 413/69 o vencimento antecipado de toda a dívida, em caso de inadimplemento contratual, não há falar em nulidade da execução. Nos empréstimos de dinheiro, é lícita a contratação de juros moratórios, inclusive capitalizados (art.1.262, CC/1916, Súmulas 93/STJ, 596/STF).

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, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Executada uma cédula de crédito industrial, garantidora de um financiamento concedido para pagamento parcelado e cujas prestações não foram honradas, os devedores embargaram a execução.

A r. sentença de fls. 160/172 julgou parcialmente procedentes os embargos, reduzindo de 10% para 2% a multa contratual prevista para o caso de ajuizamento da execução e reduzindo, também, de 12% ao ano para 1% ao ano os juros moratórios igualmente contratados, e condenando embargantes e embargado em honorários e custas, na proporção das respectivas sucumbências.

Da sentença apelaram as partes.

Em seu arrazoado, suscita o embargado, primeiro apelante, nulidade da sentença, por ter sido proferida fora dos limites do pedido, porque os embargados não formularam pedido específico a respeito da multa contratual e dos juros moratórios, limitando-se a argüir nulidade da cláusula que previa o vencimento antecipado de toda a dívida, em caso de atraso nas prestações, a pedir a redução dos encargos aos limites do Dec. 22.626/33, a investir contra a cumulação de correção monetária com comissão de reserva de crédito.

De qualquer modo, continua, não se aplicaria ao caso o Código de Defesa do Consumidor, pois existe legislação específica para a cédula de crédito industrial, o Decreto-lei 413/69, que prevê expressamente a multa de 10% e, em seu art. 5º, parágrafo único, não limita os juros moratórios a 1% ao ano, apenas permite ao credor elevar em mais 1% a taxa contratada, em caso de mora.

Pede seja reconhecida "*a nulidade da sentença, quanto à limitação dos juros de mora ao percentual de 1% e redução da multa contratual para 2%, por ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC*", e que seja reconhecida a incidência da taxa de juros e da multa conforme o contrato, de tudo decorrendo a total improcedência dos embargos.

Por sua vez, também apelam os embargantes, insistindo na ilegalidade da cláusula contratual que prevê o vencimento antecipado de toda a dívida, independentemente de aviso ou interpelação judicial, em caso de inadimplemento de qualquer obrigação assumida no contrato.

Argumentam que tal estipulação "*gera ônus sobremaneira elevado, que desestrutura o equilíbrio econômico-financeiro do devedor*".

Além do mais, continuam, há outros encargos abusivos no contrato, embora a sentença não os tenha identificado, a exemplo dos juros remuneratórios acima do limite constitucional de 12% ao ano, bem como da capitalização dos juros.

Insistem em afirmar que prevalece a seu favor o Código de Defesa do Consumidor, que se sobrepõe às disposições do Decreto-lei 413/69, que dispõe sobre a cédula de crédito industrial.

Invocam o art. 4º do Decreto 22.626/33, que proíbe a capitalização de juros.

Pedem a reforma da sentença, para se anular toda a execução ou para que sejam reduzidos os encargos abusivos incidentes sobre a dívida.

Recebidos ambos os recursos, foram eles reciprocamente contrariados, ratificando os embargantes e o embargado as respectivas teses de postulação e defesa.

Conheço de ambas as apelações, por se tratar de recursos adequados, tempestivamente interpostos e devidamente preparados.

Primeira apelação.

Inicialmente, passo ao exame da preliminar de nulidade da r. sentença, que, no entendimento do recorrente, foi proferida *extra petita*.

É bem verdade que, na inicial de seus embargos, os embargantes não mencionaram expressamente a multa contratual nem os juros moratórios, limitando-se a apontar a existência de cláusulas abusivas em face do Código de Defesa do Consumidor e a pedir, em sua conclusão, a redução dos encargos "*aos limites permitidos pelo Dec. 22.626/33*".

Entretanto, o MM. Juiz de primeiro grau, examinando as cláusulas contratuais e tendo em vista, igualmente, as conclusões do laudo pericial de fls. 75/107, onde foram examinados questionamentos mais explícitos formulados pelas partes, entendeu que dentre as cláusulas abusivas a que se referiam os embargantes estavam os juros moratórios e a multa de 10%, prevista para o caso de ajuizamento de execução.

Não me parece em descompasso com o pedido o exame daqueles pontos e a solução dada pela r. sentença, pois estão implícitos na referência genérica, consignada nos embargos, a "cláusulas abusivas".

Rejeito, por conseguinte, a preliminar de nulidade da sentença.

Quanto ao mérito, peço vênia ao ilustrado Juiz sentenciante para afastar a relação obrigacional sob exame do campo de incidência das disposições protecionistas do Código de Defesa do Consumidor.

Não vejo como consumidor uma empresa industrial, ou os industriais que respondem pela sua diretoria e se dirigem a um banco de fomento para buscar empréstimo para ampliar ou reformar as instalações de sua empresa, comprar máquinas e equipamentos, tudo a taxas subsidiadas e condições mais vantajosas do que aquelas praticadas pelos bancos comerciais comuns.

Exatamente por terem as partes contratado um financiamento com destinação específica, com recursos governamentais, está ele sujeito a condições e regras especiais, ditadas pelo poder central aos organismos que os tornam disponíveis a seus destinatários. Não bastasse isso, tratando-se de financiamento garantido por cédula de crédito industrial, devem o contrato e o respectivo título garantidor submeter-se rigorosamente às regras de sua emissão e circulação, o que está regulado pelo Decreto-lei nº 413, de 09.01.1969 - *DOU* de 10.01.1969, que "*Dispõe sobre Títulos de Crédito Industrial e dá outras providências*".

Ora, se há regras específicas para os débitos contraídos mediante financiamento industrial, não cabe ignorar essas regras para beneficiar o devedor relapso com as medidas protecionistas previstas para o consumidor comum, consumidor propriamente dito.

Além do mais, estando especificamente previstos em lei os encargos próprios de um contrato de financiamento, não se pode negar-lhes validade e eficácia.

Os juros de mora foram expressamente contratados à taxa de 12% ao ano, conforme se pode ver no título que serviu de base à execução, sob a rubrica "*encargos do inadimplemento*", letra *c*, fl. 13 dos autos em apenso, contratação que estava inteiramente de acordo com o disposto no art. 1.262 do Código Civil de 1916, então em vigor, e que não se revela infensa ao novo Código Civil Brasileiro (art. 591).

Por outro lado, o acréscimo de 1% ao ano, para os juros moratórios contratados, é expressamente autorizado pelo parágrafo único do art. 5º do Dec.-lei 413/69:

> Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.

Não se trata, a meu ver, da fixação antecipada dos juros moratórios, mas de um acréscimo a ser feito à taxa que tiver sido contratada.

A "*multa de ajuizamento*" de 10% "*sobre o principal e encargos da dívida*", igualmente prevista na cédula (fl. 09), resulta de outra determinação expressa do Dec.-lei 413/69:

> Art. 58. Em caso de cobrança em processo contencioso ou não, judicial ou administrativo, o emitente da cédula de crédito industrial responderá ainda pela multa de 10% (dez por cento) sobre o principal e acessórios em débito, devida a partir do primeiro despacho da autoridade competente na petição de cobrança ou de habilitação do crédito.

Vê-se, portanto, que razão não existe para reduzir a multa prevista em lei e no contrato.

Pelo exposto, dou provimento à apelação do BDMG e o faço para reformar a sentença na parte em que reduziu a multa de ajuizamento e os juros moratórios, os quais ficam mantidos nos percentuais contratados.

Segunda apelação.

Já na inicial de seus embargos à execução que lhes move o apelado, os recorrentes assim se manifestaram:

> Em decorrência da crise econômica que assola o País, conjugada com problemas internos na administração da sociedade, não foi esta capaz de quitar as parcelas da dívida assumida (fl. 03).

Reconheceram e confessaram, portanto, o débito e a mora, mas não se dispuseram a pagar, nem tentaram renegociar a dívida, antes apontaram nulidade na cláusula contratual que autoriza a execução imediata de toda a dívida.

Mas não apontaram nem mencionaram o dispositivo legal supostamente violado, apenas se queixaram de que tal estipulação contratual "*gera ônus sobremaneira elevado*" e "*desestrutura o equilíbrio econômico-financeiro do devedor*".

Tal queixa, entretanto, não demonstra ilegalidade, sobretudo quando se considera que a sobredita cláusula do contrato apenas dá cumprimento ao que também está previsto no Dec.-lei 413/69:

> Art. 11. Importa em vencimento antecipado da dívida resultante da cédula, independentemente de aviso ou de interpelação judicial, a inadimplência de qualquer obrigação do emitente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestante da garantia real.

Insurgem-se também os apelantes contra os "*juros remuneratórios não adstritos ao limite de 12% ao ano*" (fl. 195).

Entretanto, segundo consta da r. sentença, os juros remuneratórios cobrados nem sequer alcançaram o limite de 12%, pois foram contratados e cobrados à taxa de 11% ao ano, como se pode ler da própria cédula de crédito industrial e como ficou apurado na perícia.

Nesse ponto o recurso carece até mesmo de objeto.

A capitalização dos juros, em contrato de empréstimo de dinheiro, não encontra óbice no vetusto Decreto 22.626/33, quer porque já estava prevista no art. 1.262 do antigo Código Civil Brasileiro, ao qual corresponde o art. 591 do atual, quer ainda porque a questão já encontrou solução pacífica em sede pretoriana, em face do teor da Súmula 93 do colendo STJ:

> A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização dos juros.

Cabe mencionar, igualmente, a Súmula 596 do colendo STF:

> As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

Não havendo nulidade na cláusula que prevê o vencimento antecipado de toda a dívida, em caso de inadimplemento da obrigação, nem sendo ilegal a capitalização dos juros, nego provimento à apelação dos embargantes.

Como corolário do provimento da primeira apelação e do desprovimento da segunda, reformo parcialmente o dispositivo da sentença quanto aos encargos sucumbenciais, que serão inteiramente suportados pelos embargantes. Os honorários advocatícios dos patronos do BDMG, mantido o percentual de 10% já arbitrado na sentença de primeiro grau, serão calculados sobre o montante da execução.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

-:::-

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - MATÉRIA VEICULADA EM RÁDIO - IDENTIFICAÇÃO DO MENOR A QUEM SE ATRIBUI ATO INFRACIONAL - OFENSA AOS ARTS. 143 E 247 DA LEI Nº 8.069/90 - MULTA - CABIMENTO

- A Lei nº 8.069/90 - ECA - não exige o dolo por parte de quem divulga atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes aos quais se atribui ato infracional. Dessa forma, se a matéria veiculada por meio de emissora de rádio possibilitou a identificação do menor, imputando-lhe a prática de ato infracional, houve ofensa aos arts. 143 e 247 do citado estatuto, cabendo a aplicação da respectiva sanção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0112.01.010416-7/001 - Comarca de Campo Belo - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Procedimento administrativo - Matéria veiculada em rádio - Identificação do menor - Ofensa aos artigos 143 e 247 do ECA - Multa - Cabimento. - No procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público, uma vez comprovado que a rádio veiculou matéria referente a menor, permitindo a sua identificação, deve ser condenada ao pagamento de multa, nos termos dos artigos 143 e 247 do ECA. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação interposta contra a decisão proferida pela ilustre Sentenciante que, ao julgar procedente a representação feita pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a Rádio Campo Belo FM Stéreo Ltda., aplicou-lhe uma multa correspondente a dez salários mínimos, com base no artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 38/42).

Inconformada, a apelante interpôs o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob as seguintes alegações: que houve a divulgação apenas do prenome do menor; que as informações constantes do BO de fl. 09 foram passadas indevidamente por telefone pela autoridade policial de plantão; e que não houve dolo por parte do locutor da Rádio Campo Belo (fls. 43/46).

Regularmente intimado, o Ministério Púbico apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 51/55).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Marco Túlio Coimbra Silva, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 63/66).

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

O Ministério Público ofereceu representação contra a Rádio Campo Belo, pelo fato de ter divulgado no dia 04.03.00, no programa "Bom Dia Cidade", através do locutor Rodson Silva Morais, o conteúdo do Boletim de Ocorrência nº 1.518 da Polícia Militar, que atribui ao menor I.A.C. ato infracional, por ter sido no dia anterior apreendido em flagrante na posse de certa quantidade de maconha (fls. 08/09).

O radialista Rodson Silva Morais confirma, em seu depoimento testemunhal, que "realmente noticiou o envolvimento do adolescente I. com uma apreensão policial..." (fl. 28).

O artigo 143 do ECA dispõe que:

> Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.
>
> Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

Outra não é a hipótese dos autos, pois a apelante divulgou, através do programa "Bom Dia Cidade", o conteúdo do Boletim de Ocorrência nº 1.518 da Polícia Militar, que atribui ao menor I. ato infracional.

E, mais, a testemunha N.M.S. informou:

> que efetivamente ouviu a notícia apontada nos autos; que de imediato ela identificou o jovem como sendo o filho da Dra. E.; que a notícia dizia que a Polícia tinha pego I. e outros adolescentes; que a depoente recorda-se de que foi dito o primeiro nome de I... (fl. 27).

Veja-se, portanto, que, mesmo se divulgando apenas o prenome do adolescente, foi possível a sua identificação pelos ouvintes da Rádio Campo Belo.

Ademais, o parágrafo único do artigo 143 do ECA veda a divulgação do nome, apelido, filiação, parentesco e residência do menor, que possa, de alguma forma, identificá-lo.

Quanto à alegação de que no histórico que a Rádio de Campo Belo recebeu da Polícia Militar não constava que os jovens vistoriados eram menores, é de se dizer que a obrigação dos jornalistas era de conferir a notícia antes de divulgá-la.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente não exige o dolo da parte que divulgou ato infracional praticado por menor para que o juiz lhe aplique a sanção prevista no artigo 247. Basta, repita-se, a divulgação pelo órgão de imprensa de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Dessa forma, se a matéria veiculada pela Rádio permitiu a identificação do menor, dúvida não há de que infringiu os artigos 143 e 247 do ECA.

Por outro lado, entendo que a multa imposta à Rádio-apelante deve ser de três salários mínimos, nos termos do *caput* do artigo 247 do ECA.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a multa imposta à apelante para três salários mínimos.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ALIMENTOS - FIXAÇÃO - FILHOS ORIGINÁRIOS DE RELACIONAMENTOS DIFERENTES - VALORES DE PENSÃO DIFERENTES - POSSIBILIDADE - REDUÇÃO - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - COMPATIBILIDADE COM AS NECESSIDADES DO ALIMENTADO

- A fixação da prestação alimentar não obedece a padrões pré-fixados. Havendo filhos de relacionamentos diferentes, as pensões podem ser diferentes, desde que sejam arbitradas conforme a necessidade de cada um.

- Sendo certa a paternidade, o pai deverá prestar alimentos procurando atender às necessidades básicas do filho; entretanto, se o percentual fixado na sentença se revela elevado, deve ser reduzido para valor compatível com o binômio necessidade/possibilidade verificado no caso concreto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 354.327-9/00 - Comarca de Abre-Campo - Relator: Des. MACIEL PEREIRA

Ementa oficial: Ação de alimentos - Observância do binômio necessidade/possibilidade - Filhos originários de relacionamentos diferentes - Pensão alimentícia arbitrada conforme a necessidade de cada um. - A pensão alimentícia dever ser arbitrada com base no binômio necessidade/possibilidade, não sendo obrigatória a igualdade de pensão alimentícia para os filhos havidos em relacionamentos diferentes, já que a fixação alimentar deve atender a necessidade de cada um.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2003. - *Maciel Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maciel Pereira - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele se conhece.

Trata-se de ação de alimentos, cujo pedido foi julgado procedente, condenando o apelante ao pagamento de pensão alimentícia, fixada em cinco (5) salários mínimos, em favor da apelada, mais custas e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado com a decisão, o apelante interpõe o presente recurso, sustentando, em síntese, que as provas juntadas aos autos demonstram que um (1) salário mínimo é suficiente para sustentar uma criança de dez (10) anos de idade, sendo, pois, exorbitante o percentual arbitrado pelo Juiz de primeiro grau.

Afirma que, no caso em questão, não foi observado o binômio possibilidade necessidade, não tendo, ainda, a apelada trazido qualquer prova que justificasse suas alegações, conforme estabelecido no art. 333 do Código de Processo Civil.

Assim, requer a reforma da sentença, a fim de que seja reduzida a pensão alimentícia para o máximo de um (1) salário mínimo mensal, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Foram apresentadas as contra-razões, propugnando a apelada pela confirmação da sentença.

A Procuradoria de Justiça emite parecer manifestando-se pelo provimento parcial do recurso, para fixar a verba alimentar em 3,5 salários mínimos, a partir da citação.

Pretende o apelante a redução da pensão de cinco (5) salários mínimos, arbitrada em favor da apelada, com o argumento de que um (1) salário mínimo é mais do que suficiente para arcar com as despesas de uma criança.

Ora, estando devidamente reconhecida a paternidade do apelante com relação à apelada, certa é, sem dúvida, a obrigação daquele de prestar alimentos, procurando atender, assim, a todas as necessidades básicas, como alimentação, educação, saúde, vestuário, lazer, etc., que uma criança precisa e tem direito.

Todavia, a meu sentir, o percentual fixado na sentença revela-se, de fato, elevado, não correspondendo à real necessidade da apelada.

Conforme reiteradamente mencionado nos autos, os alimentos devem ser estipulados com base nas necessidades da alimentada, bem como na possibilidade do alimentante, cabendo ao juiz a delicada decisão de determinar uma estimativa que, efetivamente, atenda aos critérios acima citados.

Nesse sentido, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, verifica-se que a apelada não fez prova de que suas despesas mensais alcancem realmente o *quantum* de cinco (5) salários mínimos. Ademais, cumpre lembrar que a apelada reside numa cidade pequena, onde o custo de vida é, com certeza, bem menor que o de um centro maior, gastando-se, portanto, bem menos.

Por outro lado, no que se refere à possibilidade do apelante, verifica-se que seu mandato de prefeito expirou no ano de 2000 e que, não obstante sua

condição de empresário e produtor rural, a prestação alimentar deve sempre se adequar às necessidades da alimentada, independentemente daquele, porventura, ter maiores gastos com os demais filhos originários de outro relacionamento, pois o que se deve levar em conta é a necessidade de cada um.

A respeito, vale transcrever os seguintes julgados:

> '(...) Não sendo essas iguais às dos demais filhos do réu, havidos em outro leito, não há por que igualar o valor das prestações devidas' (4ª CC do TJRS, 08.05.1985, *RJTJRS*, 111/321; é que não há obrigatoriedade de igualdade de pretensão de que os filhos, havidos com mulheres diferentes, recebam o mesmo percentual alimentar: 'A fixação alimentar não obedece a padrões predeterminados; a fixação deve ocorrer do cotejo particular e específico de cada caso, atendendo principalmente à necessidade do alimentado em face da idade, saúde, grau de escolaridade etc.' (2ª TC do TJDF, AC 29.021, 11.11.1993, *DJU III*, de 15.12.1993, p. 55.405).

Além disso, importante ressaltar que, embora a mãe da apelada esteja desempregada, tal situação não é irreversivel, podendo a mesma, futuramente, vir, também, a contribuir com o sustento da filha.

Desta forma, tenho que dois salários mínimos e meio, ou seja, seiscentos reais (R$600,00), atendem às necessidades básicas da apelada, proporcionando-lhe uma formação digna e condizente com qualquer criança de sua idade.

No tocante à inversão dos ônus sucumbenciais, fixo-os na proporção de 80% (oitenta por cento) para o apelante e 20% (vinte por cento) para a apelada, estando, contudo, quanto a esta, suspensa a exigibilidade por força do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Com tais considerações, dou provimento parcial ao recurso.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ALIMENTOS - EXECUÇÃO - ACORDO REFERENDADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - APLICAÇÃO DO ART. 585, II, DO CPC - POSSIBILIDADE

- O instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública visando garantir o pagamento de alimentos constitui título executivo extrajudicial apto a embasar ação de execução de alimentos, a teor do art. 585, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 345.800-7/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Execução de alimentos - Acordo referendado pela Defensoria Pública - Título executivo extrajudicial - Aplicação do art. 585, II, do CPC - Possibilidade. - O instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública é título executivo extrajudicial, por aplicação do art. 585, II, do CPC, apto a embasar ação de execução de alimentos. Recurso a que se dá provimento.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kildare Carvalho Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Familia da Comarca de Uberlândia que, nos autos da ação de execução de alimentos movida por K.S.P., representada por sua genitora V.A.S., contra C.D.P., extinguiu o feito sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC.

Alega a apelante que, ao contrário do entendimento do MM. Juiz primevo, a doutrina e a jurisprudência atuais vêm entendendo pela possibilidade de ajuizar-se execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial. Diante de tal realidade, requer a cassação da sentença, com o conseqüente prosseguimento do feito, citando-se o executado para responder à ação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Consoante se vê dos autos, a execução dos alimentos em questão tem por objeto acordo extrajudicial, feito com a participação da Defensoria Pública, em que o apelado se comprometeu a pagar à sua filha menor pensão alimentícia correspondente à quantia de 41,43% do salário mínimo mensal.

Não tendo sido cumprido o acordo, a alimentanda, com base no instrumento referendado pela Defensoria Pública, ajuizou a presente ação de execução, cujo processo foi extinto sem o julgamento do mérito, originando-se daí o recurso de apelação.

Estou a entender que, em relação à executoriedade do título, não procedem os fundamentos da r. sentença.

É que, a teor do art. 585, inciso II, do CPC, é título executivo extrajudicial, dentre outros, o instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública.

Desta forma, haja vista que da norma legal supra se infere que o acordo em questão constitui, por si só, título executivo extrajudicial, não há falar em homologação judicial, já que não se trata de título executivo judicial.

A se adotar o entendimento esposado pelo MM. Magistrado de origem, estar-se-á esvaziando o art. 585, II, do CPC, tornando o título executivo extrajudicial estéril para embasar ações executivas.

Ora, se o próprio Diploma Processual prevê a existência de títulos de natureza distinta, segregando-os em judiciais (art. 584) e extrajudiciais (art. 585), não é coerente que o Judiciário exija a transmutação de todos os títulos em uma só espécie, inviabilizando a própria atividade jurisdicional, na medida em que retira a legitimidade da Defensoria Pública de promover acordos e torná-los efetivos, através da via executiva.

Da mesma forma, utilizar-se do argumento de que é beneficiária do acordo em questão pessoa absolutamente incapaz, o que exigiria a sua homologação judicial, a meu ver, não alcança a finalidade da norma *sub examine*.

É sempre bom relembrar que a lei não pode ser interpretada como uma figura divorciada da sociedade e distante dos interesses que tutela.

Disso tudo se conclui que a causa envolve questão social, não sendo justo, portanto, negar seguimento à ação.

Nestes termos e sob tais fundamentos que dou provimento ao recurso para cassar a r. sentença, determinando que o título executivo seja acatado, dando-se prosseguimento à execução.

Custas, ao final.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

GUARDA DE MENOR - CRIANÇA ÓRFÃ DE MÃE - CONVIVÊNCIA COM OS TIOS - PAI BIOLÓGICO QUE NUNCA PARTICIPOU ATIVAMENTE DA VIDA DO FILHO - DEFERIMENTO DA GUARDA PARA OS TIOS

- Tratando-se de guarda de menor, a única inspiração do julgador deve ser a de melhor atender aos interesses do infante. Se a família da criança desde o seu nascimento se constituiu ao lado dos tios, estando ela perfeitamente integrada ao lar constituído por eles, certamente que, em companhia desses, ela encontrará maior estabilidade emocional e segurança, indispensável ao seu desenvolvimento psicológico do que na companhia de seu pai biológico, que nunca participou ativamente de sua vida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.371-5/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de guarda - Menor órfã de mãe - Criança perfeitamente integrada à família dos tios que cuidam da mesma desde o nascimento - Pai biológico que nunca participou ativamente da vida da filha - Apelo desprovido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2003. - *Schalcher Ventura* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de ação de guarda definitiva da menor M.C.O. movida pelos tios, R.S.M. e J.G.M., que têm a menor sob sua guarda de fato desde o falecimento da genitora, contra o pai biológico, W.A.O.

A sentença julgou procedente o pedido para deferir a guarda da menor aos autores, com amplos poderes de representação, assegurando ao pai o direito de visitar a filha em fins de semana alternados, de 15 em 15 dias, podendo pegá-la aos sábados e devolvê-la aos domingos, tocando-lhe, ainda, o direito de permanecer com a filha metade das férias escolares de janeiro e julho.

Inconformado, W.A.O. interpôs o presente recurso de apelação, pela reforma da sentença, alegando que a morte súbita e trágica da mãe da infante transfere ao pai todos os direitos e deveres inerentes ao estado de filiação. Que é princípio consagrado no ECA que toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Que não há nos autos qualquer prova de que o convívio com o pai possa acarretar prejuízos à menor.

Não foram apresentadas contra-razões.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Conforme salientou o ilustre Sentenciante, é sempre penosa a tarefa de decidir sobre a guarda de menor com tão pouca idade, especialmente, no caso, que a menor é órfã de mãe, e o pai, embora nunca tenha participado ativamente da vida da filha, mostra-se interessado em exercer os direitos e obrigações inerente do pátrio poder.

A preocupação de melhor atender aos interesses da criança deve ser a única inspiração do julgador em situações como esta.

O conjunto probatório dos autos revela que a menor sempre esteve sob os cuidados da apelada, que é a responsável pela infante perante a escola e quem a acompanha nas consultas médicas desde o primeiro ano de vida.

O depoimento das testemunhas comprova, outrossim, que a menor sempre morou em companhia dos apelados, na Cidade da Paranaiguara, enquanto a genitora, irmã da apelada, sem condições de manter a filha, residia e trabalhava na Cidade de Ituiutaba, onde faleceu, no ano de 2001, vítima de um grave acidente automobilístico.

Por outro lado, restou comprovado que o convívio do apelante com a menor era esporádico, sendo certo que o recorrente nunca participou ativamente da vida da filha. No que se refere à ajuda material, o próprio apelante confessa que só auxiliava a genitora da menor, quando era solicitado.

Com efeito, não há, nos autos, qualquer prova de inidoneidade e desvio de caráter a servir de empecilho para o apelante cuidar e educar a filha. Ao contrário, ao que tudo indica, o apelante reúne condições morais e materiais para criar a menor com dignidade, afeto e respeito.

Ocorre que, em que pesem as alegações do recorrente na tentativa de demonstrar a todos os envolvidos na presente ação a sua real intenção de ter a filha em sua companhia, de integrá-la a sua família, de criar e educar a menor com o amor e o carinho que se devem dispensar a uma criança nessa idade, ao meu ver, por ora, esta não é a opção que melhor atende aos interesses da criança.

Permanecer na companhia dos tios, primos e irmão, com os quais vive desde o nascimento, certamente, traz para a menor estabilidade emocional e segurança, indispensável ao desenvolvimento psicológico de qualquer criança e, especialmente, desta, em função do trauma vivido pela morte repentina da mãe.

A família desta criança, lamentavelmente, não se constituiu junto ao apelante, mas sim na companhia dos apelados, primos, do irmão e da sua falecida mãe, conforme revela o estudo social de fls. 68, segundo o qual a menor se encontra em perfeita integração no lar constituído pelos tios, desconhecendo outro pai, senão o apelado.

Somando-se a isso, no decorrer da ação, restou demonstrado o amor que os apelados nutrem pela sobrinha, não medindo esforços para tê-la em sua companhia.

A apelada, atende à menor em todas as necessidades, tem o seu tempo integralmente dedicado aos cuidados com a saúde e a educação dos filhos, entre os quais se incluem a menor e o seu irmão.

Portanto, pelo que restou acima exposto, no momento, o que melhor atende aos interesses da criança é, de fato, permanecer na casa dos tios, onde se encontra desde o nascimento, há, aproximadamente, oito anos.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo, confirmando a douta sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

PENSÃO - DESCENDENTES CO-BENEFICIÁRIOS - MAIORIDADE DE UM DELES - DIREITO DO REMANESCENTE DE ACRESCER À SUA A QUOTA DO IRMÃO - MANDADOS DE SEGURANÇA - IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR - INEXISTÊNCIA - LITISPENDÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO

- A identidade de partes em dois mandados de segurança não configura a litispendência, se a causa de pedir e o próprio pedido são diferentes em ambos os casos.

- A co-beneficiária de pensão tem direito de acrescer à sua quota aquela que seu irmão recebia e cujo pagamento foi suspenso em decorrência da maioridade deste.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 337.283-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional, Administrativo e Previdenciário - Pensão devida diretamente a descendente - Direito de acrescer - Maioridade de um deles - Efeitos. - Se os co-beneficiários do *de cujus* recebem a pensão originária e diretamente provinda de falecimento do segurado, sem anterior intervenência da viúva como beneficiária, a parte cabível ao pensionista que se emancipou passa a acrescer à do pensionista remanescente da mesma estirpe.

Acórdão

Vistos etc., acorda o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo impetrante, o Dr. Marcos Henrique Silvério.

O Sr. Des. Cláudio Costa - A argüição de litispendência entre o presente MS e outro, anteriormente requerido, não oferece base jurídica para ser acolhida.

Naquele primeiro MS, a causa de pedir e o próprio pedido consistem, unicamente, na pretensão ao reconhecimento judicial da qualidade da beneficiária da impetrante, em razão de direito adquirido à luz da legislação então vigente - Decreto n° 7.833/64 - não atingido, portanto, pela superveniente Lei n° 13.457/00.

No presente MS, ao revés, postula-se apenas a revisão dos valores do pensionamento.

De resto, o primeiro *writ* - nº 214.782-5 - transitou comprovadamente em julgado, afastando, com isso, qualquer eiva de litispendência.

Rejeito, por isso, a argüição.

Mérito.

A matéria de mérito compreende e abrange três pontos fundamentais.

O primeiro deles diz respeito à reconhecida e proclamada condição de beneficiária da impetrante como pensionista de seu falecido pai, como o decidiu, em pronunciamento unânime, o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, em acórdão relatado pelo eminente Des. Pinheiro Lago - MS nº 214.782-5/00 - fls. 82/89-TJ.

Essa decisão ostenta todos os pressupostos de coisa julgada material, não somente porque concedeu ela a segurança impetrada como, igualmente, porque analisou o fundo da questão de direito sob controvérsia, havendo, finalmente, transitado em julgado, como o atesta a documentação anexa à petição entregue em protocolo em 19.08.03.

Esclarecido esse primeiro aspecto, passa-se agora ao exame do segundo ponto, ligado à existência ou não do direito de acrescer a pensão da co-beneficiária com a quota que, auferida concorrentemente, em igual valor, por seu irmão, deixou de lhe ser paga com a superveniência de sua maioridade.

A autoridade impetrada procura apoiar-se, para sustentar a tese da extinção da quota referente ao irmão co-beneficiário, em decorrência de sua emancipação civil, na norma do art. 27 do Decreto nº 7.833/64.

Essa interpretação, todavia, não se ajusta à letra e ao espírito da disposição.

Cuida ela, ao contrário, simplesmente, da hipótese de extinção de cota por maioridade do beneficiário, quando o benefício provém de *falecimento de viúva,* e não quando a pensão, como no caso, derivava originária, exclusiva e diretamente da morte do *de cujus*, sem anterior interveniência da viúva, que, por sinal, jamais fora beneficiária do segurado, em razão de ser divorciada do pai da impetrante, matéria, aliás, debatida no MS nº 214.782-5, em que se negou à viúva a qualidade de beneficiária da pensão.

A propósito do tema, tivemos oportunidade de realçar, no julgamento da AC nº 202.247-3/00, o conclusivo pensamento expresso neste tópico do julgado:

> O valor da pensão era, pois, eqüitativamente distribuído entre os dois co-beneficiários, até que, havendo o então menor alcançado a maioridade, a instituição previdenciária suspendeu o pagamento da cota que a ele vinha sendo paga.
>
> Com isso, a autora requereu, e não conseguiu obter, administrativamente, o reajustamento do valor de sua cota, mediante o acréscimo da parte do co- beneficiário à sua própria cota.
>
> Entendeu a Administração que somente poderia ocorrer esse acréscimo se os dois beneficiários - viúva e filho de outra união da parte do co-beneficiário - proviessem do mesmo grupo familiar.
>
> Dispõe, entretanto, a lei de regência da matéria - 10.366, de 28.12.90:
>
> 'Art. 25. O direito do beneficiário à cota individual de pensão se extingue: (...)
>
> III - aos 21 (vinte e um) anos de idade, para filho ou irmão inválido'.
>
> O art. 24, por sua vez, assim dispõe:
>
> 'Art. 24. Calculada na forma prevista no artigo anterior, a pensão será distribuída aos *dependentes* em cotas iguais: (...)
>
> § 2º Ocorrendo a inclusão ou a *exclusão de dependente*, o valor da pensão será novamente calculado e distribuído' - destacamos.
>
> Trata-se, como se vê, de mero e simples direito de acrescer, cuja gênese remonta, naturalmente, às fontes do direito das sucessões, como ressai do texto dos arts. 1.710 a 1.716 do Código Civil, naquilo, como curial, que for aplicável ao caso.

O último aspecto a ser examinado diz respeito à pretensão de recebimento pelo valor integral da pensão, correspondente à totalidade dos proventos que o *de cujus* auferiria, se vivo estivesse.

As decisões emanadas, a respeito, da Suprema Corte, não deixam dúvidas da procedência do pedido:

> A norma inserta na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do art. 40 do Diploma Maior 'até o limite estabelecido em lei' refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. A hipótese não enseja o mandado de injunção.' (Informativo Semanal 06/94, p. 72, Doutrina e Pesquisa, Supremo Tribunal Federal). (...)

Esse posicionamento interpretativo adquiriu força e consistência com os pronunciamentos que a ele se seguiram, *verbis*:

> Rel. Min. Ilmar Galvão, RE 182.776-9-SP:
>
> Pensão. Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Artigo 40, § 5º, da Constituição Federal. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 211-8, proclamou que o art. 40, § 5º, da Constituição Federal encerra uma garantia auto-aplicável, que independe de lei regulamentadora para ser viabilizado, seja por tratar-se de norma de eficácia contida, como entenderam alguns votos, seja em razão de a lei nele referida não poder ser outra senão aquela que fixa o limite de remuneração dos servidores em geral, na forma do art. 37, XI, da Carta, como entenderam outros. Recurso extraordinário conhecido e provido.
>
> Agravo Regimental 154.156-4-SP, *DJU* de 27.08.93, p. 17.018-034, Rel. Min. Celso de Mello:
>
> Constitucional. Previdenciário. Valor mínimo do benefício. Fonte de custeio. CF, art. 195, § 5º. Aplicabilidade imediata da norma inscrita no art. 201, §§ 5º e 6º, da Carta Política. Precedentes. Agravo regimental improvido. - A jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição da República. A garantia jurídico-previdenciária outorgada pelo art. 201, §§ 5º e 6º, da Carta Federal deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e integral. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado.
>
> Essa norma constitucional, por não reclamar a *interpositio legislatoris*, opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas conseqüências e virtualidades eficaciais.
>
> A exigência transcrita no art. 195, § 5º, da Carta Política, traduz comando que tem por destinatário exclusivo o próprio legislador, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços de seguridade social. A aplicabilidade do conteúdo normativo do art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição, por revelar-se plena, imediata e integral, não depende, por isso mesmo, da indicação de qualquer específica fonte de custeio.
>
> RE 154.117-2-SP, Rel. Min. Carlos Mário Velloso:
>
> Constitucional. Pensionistas. Pensão integral. CF, art. 40, § 5º. Auto-aplicabilidade. - Estabelecendo o § 5º do art. 40 que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite que esteja abaixo da totalidade referida. A frase, posta no citado § 5º do art. 40 - 'até o limite estabelecido em lei' - deve ser entendida da seguinte forma: observado limite posto em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a lei referida no inc. XI do art. 37 da Constituição.
>
> RE 190.597-2-SP e RE 196.719-6-SP, Rel. Min. Néri da Silveira:
>
> Pensão por morte do servidor público. Aplicação do art. 40, § 5º, da Constituição Federal. - Esta Corte já firmou o entendimento segundo o qual esse dispositivo, que é auto-aplicável, determina a fixação da pensão por morte do servidor público no valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos que ele percebia. Precedentes. Inexigibilidade, por outro lado, da observância do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pela Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido.
>
> RE 189.284-6-SP, Rel. Min. Marco Aurélio:
>
> Pensão - Limite. - A norma inserta na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em consideração a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do artigo 40 do Diploma Maior - 'até o limite estabelecido em lei' - refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. Longe está de revelar porta aberta a que o legislador ordinário limite o valor da pensão a ser percebida (...).
>
> RE 195.317-9-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti:
>
> Servidor público. Pensão por morte. Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, art. 40, § 5º, da Constituição. Aplicabilidade. - O Supremo Tribunal Federal concluiu que a referida norma constitucional não depende de legislação infraconstitucional, por ser auto-aplicável. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Por todos esses fundamentos, concedo a segurança, reconhecendo e proclamando a ilegalidade

dos descontos a que se refere a inicial, inclusive a contribuição previdenciária, na medida em que não se pode olvidar que o art. 195, II, da CF/88, com a redação que lhe deu a EC 20/98, dispõe, a toda evidência, que a contribuição não incidirá sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência social de que trata o art. 201 da CF/88.

Conseqüentemente, é inquestionável o direito ao recebimento da pensão pelo seu valor integral.

Defiro, de resto, o pedido de assistência judiciária gratuita (art. 60, VIII, do RITJMG).

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - Sr. Presidente. Ressalto que tenho tido pensamento um pouco divergente com relação ao desconto previdenciário, mas, no caso concreto, diante dos demais aspectos circunstanciais, estou acompanhando o em. Relator integralmente.

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

O Sr. Des. Célio César Paduani - Concedo a segurança nos termos do voto do Relator.

Os Srs. Desembargadores Dorival Guimarães Pereira, José Domingues Ferreira Esteves, Maria Elza, Emane Fidélis e Manuel Saramago - Com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

LOTEAMENTO IRREGULAR - VENDA DE LOTES - PROIBIÇÃO ATÉ REGULARIZAÇÃO - AVERBAÇÃO DA RESTRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS - POSSIBILIDADE - RÉU REVEL - FALTA DE INTIMAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA

- A teor do art. 322 do CPC, inexiste cerceamento de defesa quando se deixa de intimar o revel para os atos do processo.

- Sendo completamente irregular o loteamento, é razoável proibir a venda de lotes até a regularização do procedimento administrativo, podendo a restrição ser averbada no Registro de Imóveis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 351.976-6/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Réu revel - Falta de intimação - Cerceamento de defesa inexistente - Loteamento irregular - Proibição de venda de lotes, até regularização. - Não há cerceamento de defesa quando se deixa de intimar o revel para os atos do processo (art. 322 do CPC). - Sendo completamente irregular o loteamento, é razoável proibir a venda de lotes até a regularização do procedimento administrativo, podendo a restrição ser averbada no Registro Imobiliário.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se o apelante contra a sentença que, em face de sua revelia, julgou procedente o pedido inicial, em ação civil pública contra ele movida, e determinou que:

> cesse ele com toda e qualquer atividade no loteamento, abstendo-se, também, de vender os lotes até que seja ele registrado, *ex vi legis*, fixando-lhe multa diária de R$1.000,00, em caso de transgressão (fl. 78).

Depois de traçar um relatório dos autos, diz o apelante que a revelia não tem a conseqüência de destituir o réu do direito de defesa, nem desobriga o autor de provar o fato constitutivo do direito que se arroga, sobretudo quando as alegações da inicial foram desmentidas por documentos juntados ao processo, ainda que tardiamente.

Invoca a documentação que trouxe para os autos, para justificar que não é ele o causador da degradação ambiental narrada no laudo pericial, pois, antes de sua aquisição pelo recorrente, o terreno era ocupado por várias empresas de transporte e por outros moradores, abrigando 9 (nove) construções, o que explica a existência dos esgotos mencionados no laudo, esgotos que nem são do loteamento, mas sim de todo o bairro adjacente.

Além do mais, como não foi intimado para a apresentação de quesitos para a perícia, tal omissão lhe cerceou o direito de defesa.

Rebela-se, ainda, contra a averbação de impedimento judicial à transferência do imóvel, pois este nem sequer lhe pertence, não estando registrado em seu nome.

Pleiteia a reforma da sentença, com o reconhecimento da improcedência do pedido formulado na inicial.

O Dr. Promotor de Justiça respondeu ao recurso, admitindo que, embora mereça conhecimento, não deve ser provido, pois a responsabilidade pelo dano ao meio ambiente é objetiva, prescindindo da culpa, e os danos ambientais causados pelo loteamento irregular estão fartamente provados.

Inicialmente remetidos ao eg. Tribunal de Alçada, de lá foram encaminhados para este Tribunal de Justiça, em vista da promoção e do despacho de fl. 97.

Admitindo que, em razão da matéria, a competência é mesmo deste Tribunal de Justiça, conheço da apelação, que atende aos requisitos do juízo de admissibilidade.

Rejeito a preliminar de cerceamento de defesa. O próprio apelante invoca o art. 322 do CPC, segundo o qual: "*Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação*".

Não havia necessidade, portanto, de se intimar o réu revel para apresentar quesitos e indicar assistente técnico à perícia, ainda que esta tenha sido determinada em atendimento a pedido seu. A ele é que cabia formular, desde logo, os seus quesitos e indicar assistente técnico, quando requereu a perícia, ou, quando assim não fosse, antes de iniciada a diligência, que, aliás, demorou bastante a ser cumprida.

No mérito, não nega o réu, ora apelante, que estivesse vendendo lotes, embora recorra a circunlóquio:

> ... não existe loteamento e sim uma aquisição de diversos proprietários que adquiriram uma fração ideal de um *quantum* indivisível (fls. 38 e 83).

O loteamento, que de fato existe e foi comprovado por perícia realizada no local, é completamente irregular, pois não existe planta, autorização, averbação no Registro Imobiliário. É um loteamento clandestino, como existem muitos outros na periferia das grandes cidades, para os quais contribuem não apenas a ganância dos proprietários ou possuidores de terrenos, mas também a deficiência de fiscalização e de controle do Poder Público e até mesmo ações positivas de concessionários de serviços públicos. O laudo pericial e as fotografias de fls. 63/64 dão conta da existência de rede elétrica, ali instalada pela Cemig.

Pelo simples fato de se tratar de loteamento irregular, sem qualquer controle objetivo dos órgãos de fiscalização e sem obediência aos preceitos legais, pode-se concluir que dele decorre, inevitavelmente, uma série de inconvenientes e de danos, inclusive ambientais: poluição das águas ou agravamento da degradação já existente, assoreamento, erosões, destruição de flora e fauna.

Não atenua a responsabilidade do apelante a circunstância de não ter registrado em seu nome o terreno que adquiriu, conforme escritura que juntou aos autos, afirmando ser exatamente aquela área "indivisível", cujas "frações ideais" estão sendo "adquiridas" por outras pessoas.

Também é irrelevante para o desate da lide que a área de terreno nela mencionada seja superior aos 18.000 m² que o apelante lhe diz pertencerem. Sua própria escritura de compra não é precisa quanto à área, pois ali está escrito:

> ... devendo conter 10 (dez) litros de plantações, mais ou menos, dentro das divisas e confrontações seguintes: ... (fl. 41).

Por outro lado, a r. sentença foi parcimoniosa na condenação, deixando de atender a outras pretensões do Ministério Público, como, por exemplo, a de recomposição da área, por parte do réu. É que a prova não é convincente quanto à autoria exclusiva e quanto à época da degradação.

Contudo, as restrições impostas ao apelante se justificam plenamente. Como providência antecipada, foi determinada a averbação, à margem da matrícula do imóvel, de restrição à transferência (fls. 69/72).

No dispositivo sentencial, foi determinado ao apelante que:

> cesse ele com toda e qualquer atividade no loteamento, abstendo-se, também, de vender os lotes até que seja ele registrado, *ex vi legis*, fixando-lhe multa diária de R$1.000,00, em caso de transgressão.

Não há gravame maior para o apelante, apenas se está exigindo que cumpra a lei.

Pelo exposto, negando provimento à apelação, confirmo a r. decisão de primeiro grau.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - APOSENTADORIA - BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE SAÚDE - CANCELAMENTO DA QUALIDADE DE SEGURADO EM DECORRÊNCIA DO ROMPIMENTO DE CONVÊNIO ENTRE O IPSEMG E O MUNICÍPIO - IMPOSSIBILIDADE

- Em se tratando de convênio, espécie de ajuste administrativo para a realização de interesses comuns, tem-se que não existe óbice legal ao seu rompimento, podendo, assim, qualquer um dos partícipes/convenentes denunciar o convênio e dele retirar-se. Contudo, rompido o vínculo, responde o partícipe/convenente pelas obrigações assumidas até então, como também deve auferir as vantagens decorrentes.

- É ilegal o ato do Ipsemg que determina o cancelamento da qualidade de segurado de servidores públicos municipais, aposentados, os quais foram compelidos a se vincular àquela autarquia estadual, antes da aposentação, por contribuição compulsória, imposta por lei e para que lhes fosse permitido o acesso aos benefícios médicos, hospitalares, odontológicos e previdenciários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 345.616-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Convênio - Ipsemg e município - Possibilidade do rompimento do vínculo - Responsabilidade. - Em se tratando de convênio, espécie de ajuste administrativo para a realização de interesses comuns, tem-se que não existe óbice legal ao seu rompimento, podendo, assim, qualquer um dos partícipes convenentes denunciar o convênio e dele retirar-se. Contudo, rompido o vínculo, responde o partícipe convenente pelas obrigações assumidas até então, como também deve auferir as vantagens decorrentes.

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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se dos recursos ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos do mandado de segurança impetrado por Altamiro Lazarini e outros contra ato do Presidente do Ipsemg que, através de Ofício nº 587/02, cancelou a inscrição previdenciária, a qualidade de segurados beneficiários e, por conseqüência, o atendimento médico, hospitalar, ambulatorial, odontológico e previdenciário, a partir de 30.06.02, a despeito de alteração legislativa.

A sentença concedeu a segurança e anulou o ato de cancelamento de inscrição previdenciária junto ao Ipsemg, determinando a manutenção das mesmas com o recolhimento mensal das contribuições e a continuidade de uso dos benefícios.

Irresignado, recorre o Ipsemg, pretendendo a reforma da sentença, ao argumento de que inexiste relação jurídica e ilegitimidade dos servidores para firmar vínculo com o Ipsemg; aduz que o convênio celebrado com o Município se destinava apenas à prestação dos serviços de saúde e ao benefício de pensão a dependentes, não incluindo aposentadorias, que eram arcadas pelo Tesouro Municipal, e não pelo Ipsemg.

Acrescenta o apelante que os servidores públicos municipais não possuem legitimação para firmar vínculo com o Ipsemg enquanto indivíduos separados e o que se fazia, por autorização da Lei Estadual nº 9.380/86, eram convênios entre o Ipsemg e os Municípios para a prestação de serviços previdenciários e de saúde, rompidos desde que o Município de Nepomuceno, por iniciativa própria, desvinculou-se do regime do Ipsemg, filiando-se ao regime geral de previdência social.

Anota o apelante que a LC 64/2002 não obriga, mas apenas faculta ao Ipsemg firmar convênios, sendo inaceitável ter de arcar com um ônus que a lei não lhe impõe e que deve ser suportado pelo Município ou pela União, sendo certo que a filiação do Município ao INSS decorre da Lei 9.717/98, que, na hipótese, está sendo violada.

Examina-se o recurso necessário.

Indiscutível a legitimidade da apelante-impetrada para figurar no pólo passivo do *mandamus*, desde que o ato de cancelamento da qualidade de segurados dos impetrantes é da autarquia estadual, e não da Administração Pública municipal, sendo, portanto, a autoridade coatora para fins de mandado de segurança.

Consoante a doutrina:

> ... todo aquele, órgão ou mesmo indivíduo particular, que age com dominação, isto é, com 'poder público', é 'autoridade' para fins de mandado de segurança e pode ter seu ato controlado pelo Judiciário.
>
> O texto da Constituição, que estabelece balizas para o legislador ordinário, é bem amplo, pois diz '... quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.
>
> Desse modo, todo aquele que estiver exercendo atividade pública poderá figurar, em tese, como 'autoridade coatora'. (Observações sobre Autoridade Coatora no Mandado de Segurança, por ADHEMAR FERREIRA MACIEL, *in Mandado de Segurança e de Injunção, Estudos de Direito Processual-Constitucional em Memória de Ronaldo Cunha Campos*, Coordenador Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, 1990, p. 191.)

Com efeito, muito embora o vínculo estabelecido pelos ex-servidores municipais com o Ipsemg se tenha dado por força de convênio entre o Município e a autarquia, o ato que implicou cancelamento da qualidade de segurados partiu da autoridade apontada como coatora, logo não pode simplesmente não se sentir responsável pelos fatos conseqüentes e por isso mesmo estará legitimada a responder ao remédio constitucional.

No mais, as questões trazidas pelo impetrado são de mérito e assim serão analisadas.

Rejeita-se, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

Quanto ao mérito, de ser anotado que, para a concessão da segurança, devem-se encontrar comprovados os pressupostos que a autorizam, entre os quais a presença do direito líquido e certo, que CASTRO NUNES define como aquele "direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações" (*Do Mandado de Segurança*, 8ª ed., p. 374).

No escólio de HELY LOPES MEIRELLES:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e* Habeas Data, Malheiros, p. 28).

E ainda:

> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se aproxime com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não líquido nem certo para fins de segurança.

Ao exame dos autos, verifica-se que os impetrantes são, todos, aposentados no serviço público do Município de Nepomuceno, tendo sido, compulsoriamente, inscritos como segurados no Ipsemg, por força da Lei Municipal nº 407, de 21 de julho de 1960, e cujas contribuições obrigatórias foram feitas desde então, inclusive a "taxa de assistência" prevista na Lei Estadual nº1.587/1957.

Consoante art. 4º da referida lei:

> a contribuição obrigatória destina-se à realização das finalidades gerais do Instituto e, entre estas, o direito de pensão à família do contribuinte, bem como, na hipótese do parágrafo 2º do artigo nº 1, o direito de aposentadoria ao operário (fls. 60).

Ora, ao ser vedada a utilização dos serviços do Ipsemg pelos ex-servidores municipais que contribuiram desde 1960 para o Ipsemg, sob o fundamento de que o convênio então existente entre o Município e a referida autarquia teria sido rescindido, cancelando-se, por conseqüência, qualquer atendimento médico, hospitalar, ambulatorial, odontológico, previdenciário e inclusive pagamentos de benefícios e pensões aos ex-servidores e dependentes, feriu-se o direito adquirido dos mesmos, não sendo admissível a desvinculação dos mesmos.

E, com tal conclusão, não se quer inadmitir a possibilidade do rompimento do convênio celebrado entre o Estado, por sua autarquia e o Município, vez que, conforme se sabe, em se tratando de convênio, espécie de ajuste administrativo para a realização de interesses comuns, tem-se que não existe óbice legal ao seu rompimento, podendo, assim, qualquer um dos partícipes/convenentes denunciar o convênio e dele retirar-se.

Contudo, rompido o vínculo, responde o partícipe/convenente pelas obrigações assumidas até então, como também deve auferir as vantagens decorrentes.

Com efeito, segundo a melhor doutrina, os autores, de um modo geral:

> têm definido o convênio como sendo o ajuste administrativo, celebrado por pessoas públicas de qualquer espécie ou realizado por essas pessoas e outras de natureza privada, para a consecução de objetivos de interesse comum dos convenentes.
>
> É ajuste administrativo. Não se trata, portanto, de contrato, nem mesmo administrativo. O convênio, diz HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo*, cit., p. 354), é acordo, mas não é contrato. No contrato têm-se partes, ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra; a outra deseja a contraprestação, o preço). No convênio têm-se partícipes (convenentes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais; ou o Estado-membro e a União desejam trocar informações para fins tributários). Desse modo, é natural que qualquer partícipe, a todo tempo, possa denunciar o convênio e dele retirar-se, *respondendo pelas obrigações assumidas e auferindo as vantagens até esse momento*. Nada deve impedir esses atos do partícipe. Não se pode, nem mesmo constando do convênio, obrigá-lo a permanecer integrando o ajuste ou puni-lo por solicitar seu desligamento. Qualquer cláusula que restrinja a faculdade de denunciar o acordo ou que institua punição pela retirada contraria a natureza desses ajustes e por essa razão não é admitida... (grifo nosso) (DIÓGENES GASPARINI, *in Direito Administrativo*, 5ª edição, 2000, Ed. Saraiva, p. 365-366).

Ora, por óbvio que, se os ex-servidores aposentados já contribuiram para obter os benefícios alcançados, não podem ser desvinculados do sistema para serem integrados no Regime Geral de Previdência, por força das Leis Municipal nº 06, de 29.06.95, e Estadual Complementar nº 64, de 25.03.2002, todas posteriores ao ato de aposentação dos mesmos e que não pode retroagir para alcançar situações pretéritas já consolidadas.

Assim, evidente a ilegalidade do ato que atinge o direito adquirido dos impetrantes/aposentados/ex-servidores públicos municipais, os quais foram compelidos a se vincular à autarquia estadual, por contribuição compulsória, imposta por lei e para que lhes fosse exatamente permitido o acesso aos benefícios médicos, hospitalares, odontológicos e previdenciários, sendo certo que para tal já contribuiram por mais de 40 anos.

Com tais razões, no reexame necessário, confirma-se sentença. Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

ICMS - REPARTIÇÃO DE RECEITAS - VALOR ADICIONADO FISCAL (VAF) - MECANISMO DE SEU REPASSE - ALTERAÇÃO POR ATO DE MENOR HIERARQUIA - CRITÉRIO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DO *MANDAMUS*

- Ato de hierarquia menor, judiciária ou administrativa, não pode alterar, no que concerne ao Valor Adicionado Fiscal-VAF, o seu mecanismo de repasse, este fundado na Lei Complementar nº 63/90.

- Se julgada procedente, no STJ, a reclamação ajuizada por determinado município acerca do critério constitucional de repasse do VAF, deferindo-se-lhe o benefício, com exclusão dos demais, impõe-se o cumprimento da respectiva decisão, que obviamente deve prevalecer enquanto não advier deliberação desconstitutiva, ou seja, em contrário.

- Se, ao praticar o ato impugnado, a autoridade reputada coatora agiu dentro dos limites de sua competência e em harmonia com decisão judicial, reconhece-se-lhe legalidade e, portanto, validade e eficácia.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 301.226-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Mandado de segurança - Tributário - ICMS - Repartição de receitas - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Mecanismo de seu repasse - Alteração por ato de menor hierarquia - Critério constitucional - Conseqüente denegação do *mandamus*. - 1 - Ato de hierarquia menor, judiciária ou administrativa, não pode alterar, no que concerne ao Valor Adicionado Fiscal-VAF, o seu "mecanismo de repasse", este fundado na Lei Complementar 63/90. Se julgada procedente, no STJ, a reclamação ajuizada por determinado município acerca do critério constitucional de repasse do VAF, deferindo-se-lhe o benefício, com exclusão dos demais, impõe-se o cumprimento da respectiva decisão, que obviamente deve prevalecer enquanto não advier deliberação desconstitutiva, ou seja, em contrário. - 2 - Se, ao praticar o ato impugnado, a autoridade reputada coatora agiu dentro dos limites de sua competência e em harmonia com decisão judicial, reconhece-se-lhe legalidade e, portanto, validade e eficácia.

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 EXTINGUIR O PROCESSO EM RAZÃO DA RECLAMAÇÃO Nº 1.224-MG/STJ E CASSAR A LIMINAR.

Belo Horizonte, 1º de outubro de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo impetrante, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Dei a devida atenção às palavras proferidas da tribuna pelo culto advogado e mestre de Direito, Dr. Aristóteles Atheniense, e acredito que em meu voto haja resposta a todas as suas colocações.

A situação do Município de Congonhas ficou premente, em decorrência do recebimento do elevado *quantum* de R$3.166.577,40 (três milhões, cento e sessenta e seis mil, quinhentos e setenta e sete reais e quarenta centavos), que, segundo decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Reclamação nº 1.224-MG, terá de compensar em prol do Município de Ouro Preto.

Discute-se, nestes autos, a compensação dos valores pagos ao Município de Congonhas a título de repasse do ICMS atinente ao Valor Adicionado Fiscal, o conhecido VAF.

Durante o curso do feito, este Relator concedeu liminar, precisamente para proporcionar ao Município de Congonhas tempo suficiente para obtenção de tão alta quantia.

I - O Município de Congonhas impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, aos seguintes argumentos:

a) que houve *anterior distribuição de outro mandado de segurança*, "... entre as mesmas partes, contendo fundamentação jurídica comum..." (fl. 03), e que tomou o número MS nº 299.633-8/00, distribuído em 04.09.2002 ao emérito Desembargador Pedro Henriques, razão pela qual pleiteia a distribuição deste *mandamus*, *por dependência*;

b) que, apesar de "... idêntico respaldo legal, o escopo deste *mandamus não se confunde com o daquele* que o impetrante submeteu a este Tribunal - MS nº 299.633-8/00 - (...), pois, "... no dia seguinte ao da concessão da liminar no MS nº 299.633-8/00 (cujo ato atacado era a Resolução nº 3.272, de 09 de agosto de 2002), a autoridade coatora *editou nova Resolução*, identificada sob o nº 3.279, de 05 de setembro de 2002, republicada no dia 07.09.2002" (fls. 3/4);

c) que, no primeiro *mandamus*, a liminar nele deferida "... somente não atingiu o período *anterior a 8 de janeiro de 2002*, uma vez que a resolução impugnada naquela ação, compreendia, exclusivamente, o período posterior de 8 de janeiro a 10 de agosto de 2002" (fl. 04);

d) que, após, com a edição da Resolução nº 3.279/02, foi "... determinada pela autoridade coatora, a compensação financeira decorrente das alterações dos índices do VAF referentes ao período de 9 de janeiro de 2001 a 09 de janeiro de 2002" (fl. 04);

e) que, em 07.06.2002, foi remetido ofício à autoridade tida à conta de coatora, pelo Superior Tribunal de Justiça, informando acerca do resultado "... do julgamento do Recurso Especial no Mandado de Segurança nº 14.238-MG/2201 0197248-4, aviado pelo Município de Ouro Preto" (fl. 05), ao qual foi dado provimento, sendo que "... até esta data ainda não ocorreu a publicação do v. acórdão, que permitisse o conhecimento dos motivos que inspiraram aquela decisão" (fl. 06);

f) que, apesar de ainda não ter havido a publicação do acórdão, *e com base apenas na informação do resultado de outro julgamento*, o impetrado (Secretário de Estado da Fazenda) editou a Resolução nº 3.279/2002, que alterou os anexos das Resoluções nº 3.133, de 02.02.2001, e nº 3.157, de 08.06.2001, oportunidade em que justificou ter a mencionada resolução se baseado na "... decisão do STJ no Recurso Especial nº 14.238-MG, interposto no Mandado de Segurança nº 118.922-4 (TJMG), impetrado pelo Município de Ouro Preto, relativo ao VAF da empresa Minas da Serra Geral S.A. e Ferteco Mineração S.A." (fl. 07);

g) que "... o artigo 2º da mencionada resolução (a. 3.279/2002) determinou a *compensação financeira* decorrente da apuração dos valores de repasse do ICMS referente ao período de 09 de janeiro de 2001 a 02 de janeiro de 2002" (fl. 09);

h) que "... essa compensação financeira apurada pelo cálculo da *diferença entre o índice do VAF vigente anteriormente à Resolução e o que passou a vigorar após a sua edição*, perfaz o montante de R$3.166.577,40 (três milhões, cento e sessenta e seis mil, quinhentos e setenta e sete reais e quarenta centavos) (...), *conseqüente de valores já recebidos pelo ora Impetrante, e que serão descontados semanalmente e repassados ao Município de Ouro Preto*" (fl. 10);

i) que, ao editar a mencionada resolução, a autoridade coatora antecipou-se e procedeu "... *sponte* sua, *fazendo as vezes do Município de Ouro Preto*, em relação ao que ficou decidido no Mandado de Segurança que impetrou, *e que, sabidamente, não produz efeitos patrimoniais pretéritos...*" (fl. 10);

j) que "... infere-se, daí, a ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado, que importou em mutilação do mandado de segurança, *com a agravante de que a autoridade coatora não está legitimada a assumir a posição ativa que avocou...*" (fl. 10);

k) que "... a questão de fundo resulta de conflito de interesses entre o Município de Ouro Preto e os Municípios de Congonhas, Belo Vale e Santa Bárbara, estando sendo questionada na via judicial. *A sua execução só poderá ocorrer na via administrativa, por iniciativa do Município de Ouro Preto, e jamais pela autoridade coatora como aconteceu...*" (fl. 10);

l) que estão presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, este porque "... a cada desconto que se fizer no repasse semanal de ICMS, em decorrência do desconto de valores pretéritos, *o impetrante sofrerá prejuízos incalculáveis...*" (fl. 14).

Almeja a decretação da ilegalidade do ato impugnado, ou seja, do art. 2º da Resolução nº 3.279, de 05 de setembro de 2002, que "... determinou a compensação financeira decorrente da apuração do valor de repasse do ICMS, referente ao período de 09 de janeiro de 2001 a 02 de janeiro de 2002" (fl. 09).

O pedido de distribuição por prevenção foi submetido ao Exmo. Sr. Desembargador José Guido de Andrade, então 1º Vice-Presidente deste Tribunal (fl. 32), que, em face das informações prestadas pela Diretoria de Registros e Informações Processuais (fl. 34), manteve a distribuição a este Relator (fl. 35).

A liminar foi deferida (fls. 39/43).

Requisitados informes, foram eles prestados pelo ilustre então Secretário de Estado da Fazenda, Dr. José Augusto Trópia Reis (fls. 52/55), com documentos (fls. 56/74).

Requereu, o Município de Santa Bárbara, sua integração à lide, a título de assistência (fls. 77/79), o que foi deferido. Requereu-a, também, o Município de Ouro Preto, a título de litisconsorte passivo, pedindo, ainda, a extinção do feito, nos termos do art. 267, incisos IV e VI, do CPC. Juntou documentos (fls. 110/123).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer da lavra da experiente Procuradora de Justiça, Dra. Selma Maria Ribeiro Araújo (fls. 102/107), recomenda a denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Discute-se nestes autos o direito à compensação dos valores pagos ao Município-impetrante, a título de repasse de ICMS, e atinentes ao Valor Adicionado Fiscal-VAF.

Em 23.05.2003, foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça a Reclamação nº 1.224-MG, *em que figurou como reclamante o Município de Ouro Preto*, e que se refere, *exatamente*, à matéria tratada nestes autos.

> Processual civil. Reclamação. Aplicação dos artigos 105, I, *f*, da Constituição Federal c/c 187 e seguintes do RISTJ. - 1. Acórdão do eg. STJ que decidiu recurso ordinário em mandado de segurança competir à reclamante o Valor Adicionado Fiscal-VAF com exclusão dos Municípios litisconsortes necessários. - 2. Decisão cuja efetivação restou obstada por liminares obtidas pelos litisconsortes na instância local por ocasião da efetivação da decisão do eg. STJ. Manifesta afronta à decisão do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada na pretensão de insurgência quanto à execução ulterior da ordem. - 3. *Deferido ao Município o benefício do VAF, impõe-se o cumprimento da decisão na forma da LC 63/90*, explicitamente citada no aresto, sem mais delongas. - 4. A portaria da autoridade fiscal suspensa pela liminar da instância local foi editada em função da decisão do eg. STJ, por isso que, sustá-la, significa atentar, por via oblíqua, contra a decisão superior. - 5. Acolhimento da reclamação para que se proceda ao cumprimento da decisão do eg. STJ na forma da LC 63/90, cujo mecanismo de repasse não pode ser alterado por ato de hierarquia menor, devendo considerar-se a data da impetração do mandado de segurança do reclamante para fins de cálculo dos valores devidos, posto declaratório e com eficácia *ex tunc* o provimento mandamental.

Portanto, inexiste o direito líquido e certo do impetrante, hábil a ampará-lo via mandado de segurança, por não estar o ato impugnado (art. 2º da Resolução nº 3.279/2002) eivado de ilegalidade ou abusividade, *permissa venia*.

Em verdade, a liminar deferida (fls. 39/44) culminou por proporcionar ao impetrante *tempo suficiente* para proceder à compensação financeira, concernente ao valor recebido no período de 09.01.2001 a 09.01.2002, no elevado *quantum* de R$3.166.577,40.

Assinale-se que o ato impugnado se acha em harmonia com a r. decisão do colendo STJ na Reclamação nº 1.224-MG, datada de 23 de abril do ano fluente (cópia de fls. 113 *usque* 123).

À luz do exposto, extingue-se o processo sem julgamento do mérito, cassando-se, em conseqüência, a liminar.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Kildare Carvalho, Lamberto Sant'Anna, Audebert Delage, Maciel Pereira, Moreira Diniz, Schalcher Ventura e *Carreira Machado* - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. No julgamento do Mandado de Segurança nº 135.357-2, este eg. Tribunal, ao julgar o caso da Usina de Volta Grande, decidiu a liminar que prevalece: o ICMS pertence ao Município em que se situa a usina, e não aos que têm seus territórios banhados pelas águas que são utilizadas na produção da energia.

O Tribunal entendeu, relativamente a Uberaba, por decisão do Primeiro Grupo de Câmaras, que a compensação financeira pleiteada não é matéria que pode ser vista em mandado de segurança, dada a complexidade dos fatos (Mandado de Segurança nº 315.559-5/00, julgado pelo Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, em 21 de maio de 2003, Relator Desembargador Alvim Soares).

Pretende-se, neste mandado de segurança, evitar-se a efetivação, retroativamente, do critério do rateio, mediante a compensação entre os municípios que receberam a maior e a menor.

O ilustre advogado, da tribuna, relatou bem os fatos.

O Tribunal de Minas, com ressalva da Primeira Câmara Cível, do meu voto pessoal e de outros eminentes Desembargadores, que dissentiam, tinha a tendência de mandar aplicar ao ICMS o mesmo critério do *royalty*, ou seja, a divisão entre os Municípios alagados, quando a Constituição da República é expressa no sentido de ter critério próprio para o fundo de participação do ICMS - o Município-sede da unidade geradora de hidroeletricidade.

Neste caso, o eminente Des. Pedro Henriques concedeu uma liminar que motivou a Reclamação nº 1.224-MG, e, julgando-a, o egrégio Superior Tribunal de Justiça examinou a pretensão do Município de Ouro Preto e considerou que a sustação feita pelo Tribunal de Minas, que era questionada, significava tentar, por via oblíqua, contra a decisão superior.

A Procuradoria-Geral de Justiça transcreve a ementa do venerando acórdão, da qual destaco os seguintes trechos:

> 2. Decisão cuja efetivação restou obstada por liminares obtidas pelos litisconsortes na instância local, por ocasião da efetivação da decisão do eg. STJ. Manifesta afronta à decisão do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada na pretensão de insurgência quanto à execução ulterior da ordem. - 3. Deferido ao Município o benefício do VAF, impõe-se o cumprimento da decisão na forma da LC 63/90, explicitamente citada no aresto, sem mais delongas. - 4. A portaria da autoridade fiscal suspensa pela liminar da instância local foi editada em função da decisão do eg. STF, por isso que, sustá-la significa atentar, por via oblíqua, contra a decisão superior. - 5. Acolhimento da reclamação para que se proceda ao cumprimento da decisão do eg. STJ na forma da LC 63/90, cujo mecanismo de repasse não pode ser alterado por ato de hierarquia menor, devendo considerar-se a data da impetração do mandado de segurança do reclamante para fins de cálculo dos valores devidos, posto declaratório e com eficácia *ex tunc* o provimento fundamental.

E tenho conhecimento de que, diante dessa decisão da reclamação, o eminente Des. Pedro Henriques cancelou a liminar que dera e extinguiu o processo na linha do que acaba de fazer o eminente Des. Hyparco Immesi.

Ainda, atento à sustentação oral, o eminente advogado, com o brilhantismo próprio de S. Exa., mencionou que o Município de Congonhas está sofrendo uma perda muito forte. É preciso colocar bem as coisas - respeito muito a arte e a técnica do advogado -, mas é preciso lembrar o seguinte: o que houve foi um saque que o Município de Congonhas fez sobre recurso do Município de Ouro Preto, com apoio em decisão deste Tribunal; portanto, foi saque lícito.

Discutida a matéria, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal de Minas. Então, há aí um questionamento que precisa ser examinado, que foi formulado, aliás, muito bem arquitetado, que é o da possibilidade de o Estado de Minas Gerais - que não é credor, mas administrador dos recursos - poder se tornar agente da compensação para resolver, mediante compensação, este acerto de contas entre os dois Municípios.

A compensação é forma de quitação de crédito sem pagamento.

A Fazenda Pública do Estado funciona como câmara de compensação para dar-se cumprimento à decisão judicial.

Teria dúvida em admitir a eficácia da ação da Fazenda Pública do Estado, para efetivar a compensação, tendo em vista regras básicas do Direito Público concernentes à cobrança, à forma de execução, que não se remove mesmo quando o titular da cobrança é o ente público e, em segundo lugar, a regência da compensação em Direito Público, que não precinde de lei especifica que a autorize.

Entretanto, defronto-me com a dificuldade crítica que é a coisa julgada, porque, efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça, com todas as letras, deixou claro que, se não fizer a equação, está-se, de forma oblíqua, insurgindo contra o que foi decidido e se inserindo, portanto, numa grave questão, que é a de ofensa à decisão judicial.

A compensação não é absolutamente imprópria em Direito Público. Deve ser autorizada por lei. A Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, sujeita o Estado faltoso, na entrega dos recursos pertencentes aos Municípios, a severas penalidades e conseqüências (art. 10). Ora, modificada a decisão judicial que autorizara o rateio indevido, naturalmente deve ser restabelecida a situação de normalidade que foi produzida, com cautela, pelo Estado de Minas Gerais, ao limitar a compensação a 50% de cada parcela devida.

A compensação era risco suportado pelos Municípios beneficiários do rateio, quando o sustentaram na forma que lhes era mais favorável. Logo, não podem alegar agora que não sabiam do risco, ou que não podem suportar contingência fiscal por eles próprios criada quando pretenderam tornar-se partícipes do rateio.

Em verdade, o que houve foi uma compensação forçada com base em liminar que o Município de Congonhas obteve; foi uma transferência de recursos de Ouro Preto para Congonhas, que, agora, é objeto de simples devolução. Por se tratar de compensação ou devolução, não há propriamente um pagamento e, portanto, não há se falar em cobrança para as limitações que são impostas pelo art. 18 da Lei de Mandado de Segurança, que tem sido citada para separar os créditos anteriores à impetração e não achá-los devidos.

É difícil compreender que, após serem indevidamente beneficiados, os Municípios pretendam se valer do erro jurídico para manterem a vantagem ilícita até o final de uma ação ordinária, quando se faria a compensação.

Devo denegar a segurança, mas como o resultado confere com a conseqüência do voto do em. Relator, ponho-me de acordo com S. Exa., entretanto com a ressalva de minha posição pessoal.

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

Súmula - EXTINGUIRAM O PROCESSO EM RAZÃO DA RECLAMAÇÃO 1.224-MG/STJ E CASSARAM A LIMINAR.

-:::-

ICMS - REMESSA DE MERCADORIAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS - ISENÇÃO CONDICIONADA - ART. 13, VII, LETRA *C*, DO RICMS/91 - VALOR DO TRIBUTO DISPENSADO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA NA NOTA FISCAL - REQUISITOS OBRIGATÓRIOS PARA FRUIÇÃO DA ISENÇÃO NÃO PREENCHIDOS - PERDA DO BENEFÍCIO - OPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO - APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL

- Perde o benefício da isenção tributária condicionada prevista no art. 13, VII, do RICMS/91 o contribuinte que descumpre obrigação acessória prevista na norma isentiva como requisito obrigatório para fruição da isenção (art. 13, VII, letra *c*, do RICMS/91), quando não indica, expressamente, nas notas fiscais, o valor do tributo dispensado na operação isenta.

- Estando consignado na documentação fiscal glosada que a operação se deu entre o Estado de Minas Gerais (remetente) e os Estados do Amazonas e Rondônia (destinatários), imperativa se faz a aplicação da alíquota interestadual, máxime quando se verifica que, por outros meios, o contribuinte comprovou a efetiva entrada das mercadorias na Região Norte.

- V.v.: - Inaplicável a alíquota interestadual, quando o contribuinte não comprova, por documento hábil, que a mercadoria saiu para outra unidade da Federação. *(Des. Ernane Fidélis)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 340.713-7/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Tributário - Remessa de mercadorias para Zona Franca de Manaus ou área de livre comércio - Isenção de ICMS condicionada - RICMS/91, artigo 13, VII e IX - Prova da internação e do abatimento do ICMS feito pelo destaque do ICMS dispensado - Requisitos - Não-preenchimento - Perda da isenção - Operação entre Estados da Federação - Aplicação da alíquota interestadual - Sentença parcialmente reformada. - Perde-se o benefício da isenção quando o contribuinte descumpre obrigação acessória prevista na norma isentiva como requisito obrigatório para a fruição da isenção condicionada (art. 13, incisos VII e IX). Estando consignado na documentação fiscal glosada que a operação se deu entre o Estado de Minas Gerais (remetente-apelante) e os Estados do Amazonas e Rondônia (destinatários), imperativa se faz a aplicação da alíquota interestadual, ainda mais quando se verifica que, por outros meios, a apelante comprovou a efetiva entrada das mercadorias na Região Norte. Sentença parcialmente reformada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelo apelante, o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela apelada, o Dr. José Alfredo Borges.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de apelação interposta por Cia. de Fiação e Tecidos Cedro Cachoeira, para enfrentar a r.

sentença do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Sete Lagoas, que julgou improcedentes os embargos opostos como obstáculo à execução fiscal que lhe promove a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Na peça apelatória, a sustentação de que, ao contrário do que se consignou no *decisum*, restou, sim, comprovada a internação das mercadorias que foram remetidas à Zona Franca de Manaus, pelos documentos de fls. 194/222, por isso que desnecessários, a tanto, documentos emitidos pela Suframa, como entende a apelada.

Contra-razões, às fls. 343/353, contendo pedido para que, por aplicação do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC, se examine questão que, embora aventada nas alegações finais, não mereceu apreciação do MM. Juiz sentenciante e que se refere à exigência, *ex vi* do art. 13, VII, *c*, do RICMS/91, da expressa indicação, nas notas fiscais, do valor do imposto dispensado.

Dispensada a manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça, em razão da Súmula 189 do STJ.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Cia. Fiação de Tecidos Cedro e Cachoeira em face da r. sentença de fls. 327/331, prolatada pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, que, nos autos dos embargos do devedor por ela aforados, manteve as exigências fiscais constantes nas CDAs executadas, visando exigir-lhe o ICMS decorrente da perda do benefício da isenção, sob a constatação do não-preenchimento do requisito obrigatório exigido pelo art. 13, incisos VII e IX, do RICMS/91, qual seja, não-comprovação do internamento das mercadorias na Área de Livre Comércio e na Zona Franca de Manaus.

Para tanto, aduz a apelante, em suas razões recursais, que o d. Magistrado ignorou a documentação fiscal juntada às fls. 194/222, que, embora não prevista na legislação de regência, comprova o ingresso da mercadoria nas áreas de isenção.

Nesse rumo, conclui o apelante que:

> a controvérsia nos autos resume-se em saber se, para efeito de isenção, o contribuinte pode comprovar o internamento das mercadorias nas áreas de livre comércio por outros meios que não os previstos na legislação tributária - fls. 334.

Entretanto, no compulsar dos autos, pude perceber que a questão posta em julgamento vai além da só comprovação do internamento questionado.

Conforme se extrai das CDAs juntadas aos autos em apenso, a execução fiscal é decorrente da exigência fiscal formalizada da remessa de mercadorias industrializadas (tecidos) destinadas a diversos adquirentes situados nos Municípios de Manaus/AM e Guajaramirim/RO, ao abrigo da isenção do imposto que, *in casu*, ficou descaracterizada, em face da não-comprovação do internamento dos produtos, *cumulado* com a falta de indicação, nos documentos fiscais, do valor do ICMS dispensado.

A isenção questionada nos autos, como dito alhures, está prevista no art. 13 do RICMS/91. Confira-se:

> Art. 13. É isenta do imposto a:
>
> VII - saída, no período de 30 de abril de 1994 a 30 de abril de 1997, dos produtos industrializados de origem nacional, exceto os semi-elaborados, relacionados no Anexo II, com destino a estabelecimento de contribuinte do imposto, localizado nos Município de Macapá e Santana, no Estado do Amapá; Tabatinga, no Estado do Amazonas; Guarajamirim, no Estado de Rondônia e Bonfim e Pacaraíma, no Estado de Roraima, para comercialização ou industrialização nas respectivas Áreas de Livre Comércio, observado o disposto no § 2º, sendo que a isenção: (...)
>
> b - é condicionada à comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, na forma prevista em resolução da Secretaria de Estado da Fazenda;
>
> c - somente é aplicável se o remetente abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa na respectiva nota fiscal.

Nesse rumo, depreende-se que esta é uma isenção condicionada, e, em sendo assim, somente pode ser usufruída caso o contribuinte preencha os requisitos previstos na norma isentiva, que, *in casu*, trata-se do cumprimento cumulativo de duas obrigações acessórias (itens *b* e *c* supratranscritos).

Neste contexto, pelo simples exame das notas fiscais glosadas, constata-se, sem maiores dificuldades, que a apelante não se encontra agraciada pela norma acima transcrita, porquanto, muito embora tenha consignado, nos documentos autuados, a observação de que o valor do ICMS foi deduzido do preço da mercadoria, deixou ela de destacar expressamente o valor do tributo dispensado na operação isenta, condição indispensável para o exercício desta prerrogativa.

A bem da verdade, sem esta imprescindível informação não tem como se aferir se realmente o ICMS foi deduzido daquele valor acertado na operação. Sem o preenchimento deste requisito impõe-se, sem sombra de dúvidas, a perda do mencionado benefício.

Nesse sentido, impende colacionar os esclarecedores ensinamentos de JOSÉ CASSIANO BORGES e MARIA LÚCIA AMÉRICO DOS REIS:

> Para efeito de fruição do benefício de isenção do ICMS, o estabelecimento remetente deverá abater, do preço da mercadoria, o valor equivalente ao imposto que seria devido, caso não houvesse a isenção do ICMS. Releva notar que o mencionado desconto é obrigatório. (*O ICMS ao Alcance de Todos*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 234.)

Assim, torna-se inócua a discussão que traz o recurso apelatório acerca da utilização de outros meios, não previstos na legislação tributária, para a comprovação da internação das mercadorias nas áreas de livre comércio, na medida em que deixou a apelante de preencher um dos requisitos obrigatórios exigido pelo RICMS/91, qual seja, ausência de indicação expressa, nas notas fiscais, do valor do ICMS dispensado.

Entretanto, no tocante à alíquota aplicada na autuação, entendo que razão assiste ao apelante, devendo, neste ponto, a r. sentença ser reformada.

Importante mencionar que, muito embora o apelante tenha perdido o benefício da isenção, tal fato não descaracteriza a operação interestadual ocorrida.

Deste modo, estando consignada na documentação fiscal glosada que a operação se deu entre o Estado de Minas Gerais (remetente-apelante) e os Estados do Amazonas e Rondônia (destinatários), imperativa se faz a aplicação da alíquota interestadual, ainda mais quando se verifica que, por outros meios, o apelante comprovou a efetiva entrada das mercadorias na Região Norte.

Por tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para determinar, no cálculo do ICMS autuado, a aplicação da alíquota interestadual.

Em razão da sucumbência recíproca, mas desigual, condeno o apelante nas verbas recursais, no montante de 70% (setenta por cento), e o restante, ou seja, 30% (trinta por cento), deverá ser arcado pela apelada.

O Sr. Des. Emane Fidélis - Sr. Presidente. Tratando-se de isenção condicionada, não se reconhece, se não houver o preenchimento de todos os requisitos, rigorosamente, o respectivo benefício, principalmente quando este benefício tem o objetivo e uma razão específica, que é exatamente a comprovação da remessa da mercadoria através de notas fiscais específicas e devidamente formalizada, porque a isenção, como disse, é um benefício, e o benefício para ser concedido atende a esse rigor.

Peço vênia, por outro lado, ao ilustre Relator para discordar da sua posição quanto à aplicação da alíquota interestadual, porque, na realidade, se não se comprovou nem a remessa da mercadoria por documento competente, e nesse particular adoto perfeitamente o argumento da Fazenda, não há como entendermos que esta mercadoria realmente saiu para outra circunscrição, outra unidade da Federação, exatamente por falta do documento hábil.

Neste particular, pedindo vênia, também, ao ilustre Relator, nego provimento completo à apelação e confirmo a respeitável decisão de primeiro grau.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Sr. Presidente. Peço vista dos autos, porque há uma afirmação do ilustre advogado da Fazenda de que, quanto aos fatos, não há controvérsia, e tal afirmação suscita exame mais acurado.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO VOGAL, APÓS VOTAREM RELATOR E REVISOR, O PRIMEIRO DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E O ÚLTIMO NEGANDO PROVIMENTO AO APELO.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Mara Rúbia Pedrosa e, pela apelada, o Dr. José Alfredo Borges.

O Sr. Presidente (Des. Célio César Paduani) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 02.12.2003, a pedido do Vogal, após votarem Relator e Revisor, o primeiro dando parcial provimento ao recurso e o último negando provimento ao apelo.

Com a palavra o Des. Nepomuceno Silva.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Dissentem-se os eminentes Desembargadores, Relator e Revisor,

no desate da *quaestio* em tela, onde o primeiro está a dar provimento, em parte, ao recurso de apelação tão-somente para determinar, no cálculo do ICMS autuado, a aplicação da alíquota interestadual, por restar comprovada, pela apelante, a efetiva entrada das mercadorias na Região Norte (Amazonas e Rondônia). Já o segundo está a negar provimento ao apelo sob o argumento, pertinente à aplicação da alíquota interestadual, por não estar comprovada a remessa das mercadorias por documento hábil, pelo que não há como concluir, validamente, que tais mercadorias realmente saíram para outra circunscrição.

Rogo vênia ao eminente Revisor para dissentir de S. Ex.ª, pois conforme registrou, muitíssimo bem, o eminente Relator, muito embora a apelante tenha perdido o benefício da isenção, há que se confirmar a operação interestadual com base na documentação fiscal juntada aos autos. E assim decido porque da tribuna, na sua sustentação oral, o eminente advogado da Fazenda Pública (apelada) disse, claramente, que "não há controvérsia quanto aos fatos", vale dizer, descabe discutir se houve, ou não, a internação daquela mercadoria, o que, só por si, afasta o argumento pertinente à inidoneidade da documentação. No caso, para os efeitos da reforma parcial deferida pelo eminente Relator, parece-me suficiente a documentação acostada, reforçada pela incontrovérsia, aludida, insisto, na tribuna.

Com tais expendimentos, rogando vênia, também reformo, em parte, a sentença, nos termos do voto do eminente Relator.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O REVISOR.

REGISTRO CIVIL - FILIAÇÃO EM NOME DOS AVÓS FALECIDOS - ANULAÇÃO - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM OS HERDEIROS DO PAI REGISTRAL - NECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CPC - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES - EXTINÇÃO DO PROCESSO DESDE A CITAÇÃO

- Tratando-se de ação relativa ao estado das pessoas, como é o caso de ação de anulação de registro civil cumulada com investigação de paternidade, em que o autor visa desconstituir o seu registro de nascimento, por nele constar a filiação em nome dos avós, o litisconsórcio necessário é claro, à luz do art. 47 do CPC, sendo ineficaz a sentença, quando não forem citados todos os litisconsortes. Assim, na hipótese de falecimento de litisconsortes, os herdeiros destes devem ser citados, sob pena de se declarar extinto o processo, nos termos do parágrafo único daquele artigo.

- V.v.: - Em ação de anulação de registro civil cumulada com investigação de paternidade, decorrente do apontamento de falsidade ideológica dos avós já falecidos, que registraram o neto como filho, a exigência de citação de litisconsórcio passivo necessário constitui ato de mera burocracia processual, devendo ser afastada, por não trazer qualquer efeito prático ou fático para a composição da lide, se inexistem conseqüências de ordem penal, uma vez que essas não passam das pessoas envolvidas. *(Des. José Domingues Ferreira Estaves)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 337.769-4/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Ação anulatória de registro público, cumulada com investigação de paternidade - Anulação de registro civil feito em nome dos avós e lançamento dos verdadeiros pais investigados - Investigação de paternidade comprovada com testemunhas e exame pericial tipo DNA - Litisconsórcio necessário com os herdeiros do pai registral - Entendimento do art. 47 do CPC - Ausência de citação destes - Nulidade do processo desde o momento em que deveriam ter sido citados os herdeiros.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER PRELIMINAR, EXTINGUIR O PROCESSO DESDE A CITAÇÃO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. José Augusto Neto e proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Joab Ribeiro Costa.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Ouvi com atenção as palavras do ilustre advogado.

Cuidam os autos de ação declaratória de anulação de registro público combinada com investigação de paternidade, que J.C.F. move em desfavor de M.L.F. e J.S.A.

Alega o autor, na exordial, que é filho de M.L.F. e de J.S.A., mas que no seu registro civil consta a filiação em nome de seus avós maternos já falecidos, A.T.F. e L.F.F. (fls. 08). Pleiteia a anulação desse registro, bem como de seus avós paternos, na realidade seus bisavós.

M.L.F., no termo de audiência (fls. 22), reconheceu a procedência do pedido, declarando ser a mãe biológica do autor, fazendo o mesmo na petição de defesa (fls. 23-24).

O réu J.S.A., ao se defender, fez o seguinte questionamento preliminar: a existência de litisconsórcio necessário, porque a ação negatória da paternidade deveria ter sido direcionada também contra aqueles que seriam os pais no registro civil; a inépcia da inicial, porque "*da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão*", dificultando a defesa de mérito, se não sabe o motivo por que está sendo acionado. A ignorância da pretensão do autor acarreta a extinção do processo (art. 267, I, do CPC). Finalmente, que a *causa petendi* não assegura seja o pai do réu, visto que não há um conjunto de fatos suscetível de produzir o efeito jurídico pretendido. Conclui no sentido de que, se inepta a petição inicial, deve ser indeferida (art. 295, inciso I, c/c o parágrafo único, inciso I, do CPC).

De meritis, exsurge do art. 178, § 9º, inciso VI, c/c com o art. 362, ambos do Código Civil, a prescrição do pedido vestibular. Negou, peremptoriamente, ser o pai do suplicante, tanto é que não o conhece, nem a sua mãe, com quem não manteve qualquer relacionamento amoroso ou sexual.

Após opinar o *Parquet* favoravelmente ao pleito, a ação foi julgada procedente.

Voltando-se contra a sentença, o réu apelou, insistindo ser essencial a anulação do processo, porque os pais que constam no registro civil não foram citados para a ação, por exigência legal (art. 47, parágrafo único, do CPC), bem como o indeferimento da inicial, reconhecendo-se sua inépcia, eis porque dos fatos narrados não há lógica conclusão. E, ainda, em sede preliminar, se não é clara a causa de pedir, a sentença não a acolheu, em que pese reconhecer a falha da peça vestibular.

Em questão de fundo, afirmou que o prazo prescricional de quatro anos não foi obedecido pelo autor ao ajuizar a ação e que, na sentença, esse fato não foi enfrentado com precisão. Com nascimento do autor em 30.05.68, em 30.05.93 já havia expirado o prazo do art. 362 do Código Civil. Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) ter revogado esse prazo, somente sete anos depois passou a fazer parte do ordenamento jurídico, tendo o autor decaído do direito de propor a presente ação, impondo-se o reconhecimento da decadência e a extinção do processo com o julgamento de mérito.

Conheço da apelação, aos pressupostos e condições de sua admissibilidade.

J.C.F., ora apelado, aforou a presente ação, dizendo que foi registrado como filho de A.T.F. e L.F.F., já falecidos, os quais, na realidade, são seus avós maternos e pais de M.L.F., sua mãe verdadeira, que em audiência, realizada em 30 de novembro de 2000, reconheceu a procedência do pedido, e de J.S.A., ora apelante.

O apelante negou a paternidade do autor, alegando não o conhecer, nem M.L.F., com quem, obviamente, não manteve relações sexuais, cumprindo ao requerente provar a fidelidade de sua mãe.

Com a prova testemunhal e a realização do exame DNA, chegou-se à conclusão inquestionável de que o apelado é filho biológico do recorrente (fls. 88/98).

Na sentença, as preliminares aduzidas na defesa de litisconsórcio necessário, de inépcia da inicial e de ausência da causa de pedir foram rejeitadas, e a ação foi julgada procedente, como pedido na inicial, declarando-se J.S.A. e M.L.F., respectivamente, pai e mãe de J.C.F., determinando fosse expedido mandado de cancelamento e de averbação ao Cartório de Registro Civil, fazendo-se constar no registro do autor os nomes de seus pais biológicos.

Voltou o apelante, em suas razões de recurso, a insistir na necessidade de citação daqueles cujos nomes constam no registro como pais do apelado.

Após analisar os pormenores do caso presente, não posso concordar com o digno Juiz sentenciante, *data maxima venia*, quando este assevera que o pai registral não está sendo investigado e não é parte na ação de investigação, até mesmo pelo fato de já ser falecido.

Ao exame do caso, percebe-se claramente que a declaração da paternidade do apelante implicará, obrigatoriamente, a desconstituição da paternidade que, até o trânsito definitivo em julgado da presente lide, consta como sendo do falecido A.T.F. Sendo, pois, uma ação relativa ao estado das pessoas envolvidas, o litisconsórcio necessário é claro, à luz do artigo 47 do Código de Processo Civil.

Carece de base legal o argumento de que o litisconsórcio não seria necessário, uma vez que o referido Sr. A. já era falecido ao tempo do ajuizamento da ação. Ocorre que, se era obrigatório o litisconsórcio, de acordo com a legislação material e processual brasileiras, sendo a princípio necessária a inclusão do litisconsorte na lide, devem seus herdeiros ser citados para se pronunciarem, em virtude da morte do litisconsorte.

Deve ser considerado necessário o litisconsórcio, primordialmente, pelo fato de que a lide não pode atingir, em seus efeitos, pessoa diversa daquelas que figuraram na relação processual. É claro que, sendo desconstituída a paternidade do falecido Sr. A., haverá reflexo desta decisão na esfera dos direitos de seus herdeiros, em virtude do falecimento já ocorrido. Assim, obrigatória a citação dos herdeiros, de acordo com o art. 47 do CPC:

> Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Ressalve-se que há afirmativa, nos autos, de ocorrência de falsidade ideológica, para constar o avô do autor como pai.

Ante tal comando legal, exsurge clara a necessidade da citação dos herdeiros de A.T.F., ainda que, citados, concordem com o pedido inicial, ou prefiram quedar silentes. Desta forma, é clara a nulidade do processo, desde o momento em que deveria ter-se dado a citação dos herdeiros.

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade processual e anulo o processo desde o momento em que deveriam ter sido citados os herdeiros do Sr. A.T.F. Deverá ser aberta vista ao autor, para emendar a inicial, incluindo os herdeiros referidos no pólo passivo e requerendo a respectiva citação.

Custas, pelo apelado. Isento, porém, por litigar sob o pálio da gratuidade judiciária.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - O apelado, J.C.F., ajuizou ação que denominou de "declaratória de anulação de registro público c/c investigação de paternidade" em face de M.L.F. e J.S.A., alegando que foi registrado como filho de seus avós maternos, A.T.F. e L.F.F., já falecidos, tendo sido declarante M.S.F., sua tia (ou irmã registral), quando, na realidade, é filho de M.L.F., sua irmã registral, e de J.S.A.

Citada, M.L.F. admitiu as alegações do autor, ora apelado, e negou-se a participar do feito, embora ré.

O réu, ora apelante, argúi preliminares apontando a existência de litisconsortes passivos necessários; a inépcia da inicial por não decorrer, da narração dos fatos, o pedido e por não haver causa de pedir. No mérito argúi a prescrição; nega a existência de relações sexuais com a apontada mãe e, pelo princípio da eventualidade, acena com a *exceptio plurium concubentium*.

Realizado exame DNA, constatou-se ser o apelante o pai biológico do apelado, com um índice de probabilidade de 99,9995% - laudo de fls. 88/98.

Foi produzida prova oral.

O Ministério Público de primeiro grau opinou pela rejeição das preliminares e pela procedência do pedido inicial.

No mesmo diapasão foi proferida a sentença.

Nas razões recursais o réu pretende ver acatadas as preliminares argüidas para "julgar extinto o processo ou declarar sua nulidade e, superadas estas, seja reconhecida a decadência alegada".

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e pelo improvimento do recurso.

O eminente Desembargador Relator, por haver nos autos o apontamento de ocorrência de falsidade ideológica quando do registro do autor, está acolhendo a primeira preliminar, por entender que há litisconsórcio necessário, anulando o processo "desde o momento em que deveriam ter sido citados os herdeiros do Sr. A.T.F.".

Com devida vênia, não adiro a este entendimento.

Com efeito, tal entendimento não trará qualquer efeito prático ou fático para a composição da lide, afastando-se da moderna visão do processo onde se busca a pronta, célere e eficaz prestação jurisdicional, evitando-se atos inúteis e de mera burocracia processual.

Admitindo-se a existência do litisconsórcio passivo necessário, em decorrência do apontamento de falsidade ideológica, este teria conseqüências penais que não passariam das pessoas envolvidas, A.T.F. e L.F.F., já falecidos. Também a declarante, M.S.F., poderia sofrer tais conseqüências, mas em procedimento diverso do presente e na esfera penal.

Outra conseqüência, e aqui sim, na esfera civil, seria a patrimonial, onde então, se apresentariam como interessados os herdeiros de A. e L. que, pelos óbitos de fls. 09 e 10, são 04 (quatro) - M.S., A., M.L. e J.C.

M.S.F., embora não tenha sido acionada, informa à fl. 125 que realmente J.C. é filho de sua irmã, M.L., e de J., sendo que seu pai, A., resolveu registrar a criança como seu filho por ter pena do mesmo, já que a mãe, sua filha, era solteira.

M.L.F. integra o pólo passivo e se recusou a participar do feito.

J.C.F. é o próprio autor.

A., por sua vez, nada téria a reclamar vez que o resultado da demanda nenhum resultado produzirá em sua vida, nem mesmo patrimonial, seja por não haver bens a serem partilhados, conforme consta dos óbitos já citados e, mesmo que houvesse, seu quinhão só poderia aumentar, já que, com a procedência da ação, J.C., deixa de ser sucessor direto de A. e L.

Assim, não vejo qualquer razão para que se acolha a preliminar, a não ser, renovada vênia, por mera burocracia processual.

Rejeito a preliminar.

As demais preliminares, por igual, deverão ser rejeitadas, vez que, a par da denominação dada à ação, a pretensão do autor, aqui apelado, é, claramente, a de investigar sua paternidade e, mesmo que não tenha havido o apontamento de fatos da vida dos réus que levariam à sua concepção, estes estão implícitos.

Aliás, o autor não tinha tais informações e, sua mãe, M.L., pelo que se extrai da petição de fls. 23/24, bem como do comportamento processual por ela adotado, nunca teve qualquer intenção de fornecê-las ao filho ou a quem quer que seja.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Sr. Presidente. As grandes demandas nasceram em razão da quebra do princípio de Direito Processual, porque, na verdade, pretender-se anular, cancelar o registro de nascimento, onde a declaração foi dos pais, pretensos pais, ou avós, que sejam, sem que os interessados, sucessores na ordem processual, sejam chamados, é uma decisão não só completamente despida de sentido, como uma decisão ineficaz com relação a todos os outros interessados.

Aparentemente, quando surge uma questão como essa, e alguns nada falam, a impressão leiga é que, realmente, não há importância, tudo é burocracia. Mas, vamos que, amanhã, esse moço seja titular de uma herança, ou seja titular de uma grande riqueza, e, mais tarde, ao criar uma situação de sucessão, o outro herdeiro que não foi citado vem dizer que, também, era interessado e não foi citado e, então, nesse caso, teria o direito de reclamar aquele registro que foi cancelado sem a devida formação da relação processual.

É para isso que o processo dá essa proteção. Quer dizer, nós não devemos enxergar a questão sob um aspecto puramente conjectural; temos que enxergar a questão sob o aspecto científico. E o Código de Processo Civil, no art. 47, diz: "*Quando não forem citados todos os litisconsortes, a sentença é ineficaz*".

E esta sentença, agora, seja ela da forma que for dada, por caridade ou sem ser caridade, ou para diminuir atos etc., o que vai acontecer é que será uma sentença que ficou no vácuo, ficou no vazio, porque os litisconsortes não foram citados.

Isso aqui não é mal para os interessados, é bem para eles, porque é a garantia do investigante de ter a sua situação definida *ad aetemum*. Não hoje, para sempre. E, se, realmente, não forem convoca-

dos os litisconsortes, a sentença, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é ineficaz, porque pode ter efeito apenas para quem foi citado, e quem não foi citado não sofre o efeito da sentença.

Eu, inclusive, aconselharia à parte, já que há um problema de dúvida de herdeiros, a citação por edital de herdeiros interessados para virem fazer a sua posição, para que, realmente, se definisse essa situação. É como o caso do usucapião - se não cito o interessado, contra ele não faz coisa julgada. Este caso é muito mais, porque não posso declarar uma paternidade e deixar a negativa da paternidade sem declaração. O cidadão fica, inclusive, com duas filiações.

Então, peço vênia ao douto Revisor e acompanho o ilustre Relator, anulando o processo para que se façam citações, aproveitando, na medida do possível, e atendendo ao contraditório, se for o caso, a instrução já realizada.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR, EXTINGUIRAM O PROCESSO DESDE A CITAÇÃO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

ICMS - CAFÉ - EXPORTAÇÃO - MERCADORIAS TRANSFERIDAS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA - BENEFICIAMENTO EM OUTRO ESTADO-MEMBRO - INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA - ART. 155, § 2º, X, *A*, E XII, *E*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR 87/96 - ART. 7º, §§ 1º E 3º, DA LEI ESTADUAL 6.763/75 - LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO E DO ESTADO - NOMEAÇÃO DE PERITO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO § 1º DO ART. 145 DO CPC - AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO - PRECLUSÃO - EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INTERPRETAÇÃO LITERAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 111 DO CTN - AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

- Se as partes, ao se manifestarem sobre o laudo pericial, nada peticionaram sobre a indicação do perito judicial ou sobre a nulidade de sua indicação, não questionando, na oportunidade, qualquer impedimento em relação a ele, configura-se renúncia ao direito de fazê-lo posteriormente, tornando-se preclusa a matéria nos termos do art. 245, *caput*, do CPC.

- Em matéria tributária, embora estejam os Estados-membros adstritos às normas gerais ditadas pela legislação federal, a Carta Magna resguardou-lhes a competência para legislarem suplementarmente, principalmente quando sua a competência territorial para instituir o tributo. A lei ou o decreto estadual que apenas regulamentam de maneira suplementar as operações sujeitas à incidência do ICMS não ferem as normas gerais emanadas pela legislação complementar federal.

- A interpretação de norma que disponha sobre exclusão ou suspensão do crédito tributário, ou outorga de isenção, deve ser literal, nos termos do art. 111 do CTN.

- Para descaracterização do auto de infração, exige-se prova inequívoca em face da presunção de sua legitimidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 305.997-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Ação anulatória de débito fiscal - Art. 155, § 2º, X, *a*, e XII, *e*, da CF/88 e Lei Complementar nº 87/96 - Lei Estadual 6.763/75 - Decreto nº 38.104/96 - Competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre direito tributário e para instituir o imposto ICMS - Especificidade da lei estadual - Inteligência do art. 111 do CTN - Presunção de legitimidade do auto de infração. - 1. Compete ao Estado-membro legislar sobre direito tributário, concorrentemente, de forma suplementar, principalmente diante de tributo de sua competência territorial, no caso o ICMS. - 2. A Lei Estadual 6.763/75 e o Decreto nº 38.104/96, pela especificidade, não violam a Lei Complementar nº 87/96, que estabelece normas gerais. - 3. A exclusão de crédito tributário deve ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111 do CTN. - 4. O auto de infração possui presunção de legitimidade, exigindo prova inequívoca para sua descaracterização. - 5. Recurso provido, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelo apelante e pelo recorrido, os Drs. Paulo Ricardo Souza Cruz e Sacha Calmon, respectivamente.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Quero registrar, inicialmente, que ouvi com atenção as palavras da tribuna por parte do Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz e do Dr. Sacha Calmon.

Embora tenha voto escrito, gostaria de reexaminar o processo. Por essa razão, peço vista.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Paulo Ricardo Souza Cruz, e pelo apelado, o Dr. Igor Mauler Santiago.

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04.09.2003, a pedido do Relator após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Pedro Henriques.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos em atenção aos memoriais e às sustentações orais produzidas.

Meu voto é o seguinte:

Analisei detidamente os memoriais apresentados pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais; passo a proferir o voto sobre a matéria.

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

Trata-se de reexame necessário e apelação (fls. 355/363-TJ), contra a r. sentença (fls. 346/350-TJ), que julgou procedente o pedido inicial referente à ação anulatória de débito fiscal movida por Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda. em face da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Adotando o relatório da r. decisão objurgada, acresce-se que o d. Magistrado *a quo*, naquela oportunidade, asseverou que induvidosa foi a exportação cuja operação é imune ao imposto de ICMS; bem como que não restou comprovado que o produto fora vendido para o mercado interno. Ao final, julga procedente o presente pedido, condenando a ré/apelante ao pagamento das custas e honorários, estes últimos fixados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos declaratórios oferecidos às fls. 352/353-TJ pelo Estado de Minas Gerais, rejeitados à fl. 354-TJ.

Inconformado, o apelante recorre (fls. 355/363-TJ) do *decisum*, pleiteando que seja reformada a r. decisão monocrática e sejam revertidos os ônus da sucumbência. Sustenta, para tanto, que o apelado não faz jus à imunidade do art. 155, § 2º, X, *a*, da CF/88, visto que foi cabalmente demonstrado pela perícia técnica que houve processo de industrialização do café e que o produto restante do rebeneficiamento foi revertido para o mercado interno, fazendo-se, portanto, integralmente legítima a cobrança do ICMS decorrente do débito fiscal guerreado.

Contra-razões apresentadas às fls. 368/374-TJ.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 377/378-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl.379-TJ).

Da análise dos autos, tem-se que não laborou com costumeiro acerto o douto Magistrado. Senão, vejamos.

Primeiramente, verifico questão prejudicial levantada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em memorial juntado por linha, protocolado em 20 de agosto de 2003, qual seja, a verificação de fato superveniente à prolação da r. sentença, a saber, a nomeação de perito em desconformidade com o art. 145, § 1º, do CPC.

Alega a Fazenda Pública que o perito Valdeci Miguel Rodrigues, ao contrário do que determina a lei, não é engenheiro agrônomo, acarretando em nulidade flagrante que prejudica todos os atos processuais posteriormente praticados após sua nomeação, razão pela qual pleiteia a anulação do presente processo desde referido momento.

Pois bem.

Com efeito, estabelece aquele art. 145, § 1º, do CPC, que:

> os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, Seção VII, deste Código.

No caso concreto, contudo, verifica-se que o d. Magistrado de primeiro grau determinou a nomeação "para proceder à perícia técnica o especialista Valdeci Miguel Rodrigues" (fl. 207-TJ), apresentando as partes quesitos (fls. 208/210, 212/213 e 215-TJ), seguindo-se a exposição do laudo por dito perito (fls. 235/243-TJ).

A respeito de tal laudo, manifestaram-se as partes, em atendimento ao despacho de fl. 291-TJ, inclusive a Fazenda Pública estadual (fls. 303/306-TJ), não questionando, na oportunidade, qualquer impedimento em relação ao perito nomeado.

Em assim sendo, infere-se que preclusa se tornou a matéria, com fulcro no art. 245, *caput*, do CPC, que estabelece que "a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão".

Neste sentido, decidiu o col. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual Civil. Perito judicial. Requisitos. Apelação. CPC, artigo 145. - 1. Ao juiz, intimada a parte interessada para conhecer e manifestar-se sobre o laudo apresentado pelo perito, embora discordando da proposição técnica, nada reclamando quanto à sua indicação, descabe a sua alegação de nulidade do ato. - 2. Recurso sem provimento.
>
> (...) A propósito, renova-se a observação de que a recorrente, notificada para se manifestar sobre a prova pericial, apesar de discordar do laudo, nada peticionou sobre a indicação do perito judicial ou sobre a nulidade de sua indicação, cujo silêncio, a respeito, configurou renúncia ao direito de fazê-lo posteriormente, resultando em preclusão (ementa e trecho do REsp 264.313/SP, Recurso Especial (2000/0062199-4), *DJ* data: 22.10.2001, p. 00268, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 02.08.2001).
>
> Recurso especial. Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul. Perícia realizada por arquiteto, em lugar de administrador ou corretor de imóveis. Artigo 145 do Código de Processo Civil. Preclusão. Se a cada ato com conteúdo decisório surge a possibilidade de impugnação pela parte, o ato de nomeação do perito judicial não foge a essa regra e, ausente impugnação no prazo legal, não poderá ser modificado, nos termos do artigo 245, *caput*, do Código de Processo Civil. 'Na exegese dos parágrafos do art. 145 do CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir *cum grano salis*, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa' (*RSTJ*,31/363). A perícia realizada cumpriu sua finalidade, ainda que tenha sido elaborada por profissional de nível superior com habilitação diversa daquela pretendida pelo recorrente. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.
>
> (...) Embora dos autos não conste o documento comprobatório da ciência, pelo Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da nomeação do perito judicial, considerou o voto condutor do acórdão atacado que, à época da nomeação do perito, há mais de 12 anos da audiência de instrução e julgamento (ocorrida em 29.9.1994, fl. 33), teve o recorrente oportunidade de se manifestar sobre a qualificação técnica do *expert*.
>
> Destarte, como a 'instância especial recebe a situação fática de causa tal como a retrata a decisão recorrida' (*RSTJ*,78/247), e a informação acima não foi contestada pelo recorrente, pelo contrário, é de tê-la como verdadeira.
>
> Impõe-se, portanto, o reconhecimento da preclusão temporal, uma vez que, se a cada ato com conteúdo decisório surge a possibilidade de impugnação pela parte, o ato de nomeação do perito judicial não foge a essa regra e, ausente impugnação no prazo legal, não poderá ser modificado, nos termos do artigo 245, *caput*, do Código de Processo Civil (ementa e trecho do REsp 177.047/RS, Recurso Especial (1998/0041195-0), *DJ* data: 13.08.2001, p. 00088, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 17.05.2001).

Desta feita, rejeita-se a prejudicial suscitada pela Fazenda Pública estadual.

Passo ao exame do mérito propriamente dito.

O argumento de ilegalidade da Lei Estadual 6.763/75 e do Decreto nº 38.104/96 em face da Lei Complementar 87/96 não deve prosperar.

Para melhor elucidação do assunto, trazem-se à colação, respectivamente, o art. 155, § 2º, X e XII, *e* da CF/88, o art. 3º da Lei Complementar nº 87/96, art. 7º, §§1º e 3º, da Lei Estadual 6.763/75, e o art. 5º, III, §§1º e 2º, do Decreto nº 38.104/96, que dispõem sobre o ICMS:

> Art. 155.(...)
>
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
>
> X - não incidirá:
>
> a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar; (...)
>
> XII - cabe à lei complementar: (...)
>
> e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados o inciso X, *a*.
>
> Art. 3º O imposto não incide sobre: (...)
>
> II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços. (...)
>
> Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:
>
> I - empresa comercial exportadora, inclusive *trading* ou outro estabelecimento da mesma empresa;
>
> II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.
>
> Art. 7º O imposto não incide sobre. (...)
>
> II - A partir de 16 de setembro de 1996, a operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre prestação de serviço para o exterior. (...)
>
> § 1º A não-incidência de que trata o inciso II, observado o que dispuser o Regulamento, aplica-se também à operação que destine mercadoria, com o fim específico de exportação para o exterior, a:
>
> 1. outro estabelecimento da empresa remetente;
>
> 2. empresa comercial exportadora, inclusive *trading company*;
>
> 3. armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro. (...)
>
> § 3º O disposto no §1º somente se aplica à operação de remessa da própria mercadoria a ser exportada posteriormente, no mesmo estado em que se encontre, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento.
>
> Art. 5º O imposto não incide sobre: (...)
>
> II - a operação, a partir de 16 de setembro de 1996, que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produtos semi-elaborados, bem como sobre prestação de serviços para o exterior (...)
>
> § 1º A não-incidência de que trata o inciso III alcança:
>
> 1) operação que destine mercadoria com o fim específico de exportação para o exterior, observado o disposto nos arts. 259 a 270 do Anexo IX, *a*:
>
> 1.1) outro estabelecimento da empresa remetente;
>
> 1.2) empresa comercial exportadora, inclusive *trading company*;
>
> 1.3) armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro (...)
>
> § 2º O disposto no item 1 do parágrafo anterior somente se aplica à operação de remessa da própria mercadoria a ser exportada posteriormente, no mesmo estado em que se encontre, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento.

Pois bem, a Carta Maior limitou o poder tributário dos entes públicos, determinando detalhadamente suas competências, *in verbis*:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I - direito tributário, (...)
>
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (...).

No título reservado à ordem tributária dispôs:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> II. (...) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.

Embora adstrita às normas gerais ditadas pela legislação federal, conforme art. 24, § 1º, da CF/88, os Estados-membros têm sua competência legislativa suplementar (art. 24, § 2º, da CF/88) resguardada, principalmente quando sua a competência territorial para instituir o tributo, qual seja, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Assim, a lei e o decreto estadual guerreados não ferem as normas gerais emanadas pela Lei

Complementar nº 87/96, pois apenas regulamentam de maneira suplementar as operações sujeitas à incidência do ICMS.

Da mesma forma, não há que se falar em hierarquia de leis, pois a solução da lide encontra-se nos limites da competência tributária constitucionalmente definida, nos termos dos dispositivos supra.

Ao comentar a LC 87/96, ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA assevera:

> (...) não podemos dizer de uma lei complementar, como a ora em estudo, que 'esvazia' por completo uma competência tributária dos Estados e do Distrito Federal. Tal generalidade, a nosso ver, agride, por via oblíqua, a 'cláusula pétrea' do princípio federativo (*ICMS*, 8ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 347).

A complementação pela Lei Estadual 6.763/75 das normas gerais instituídas na LC nº 87/96, no que se refere à não-incidência do tributo ICMS de produtos destinados ao exterior teve respaldo nos dispositivos constitucionais mencionados.

No que se refere à alegação de que na operação realizada pela empresa Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda. houve exceção à regra da não-incidência do ICMS, nos termos do art. 7º, §§ 1º e 3º, da Lei Estadual 6.763/75 e art. 5º, III, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 38.104/96, tem-se que razão assiste à Fazenda Pública do Estado.

É possível verificar-se nos autos, mais precisamente no laudo das perícias contábil e técnica realizadas, que o produto "café" era transportado do Estado de Minas Gerais para o de Espírito Santo, com destino à exportação. Entretanto, em estabelecimentos da exportadora, situados no Estado do Espírito Santo, o produto passava por rebeneficiamento, que consiste nos seguintes processos: limpeza, descascamento, ventilação, catação, além do processo de *blending*, no qual se processa a separação dos grãos em lotes em consonância com as exigências comerciais, no caso, internacionais (fls. 237/238-TJ).

Diante de tal constatação pericial, descabida é a sustentação de simples reacondicionamento do produto no Estado do Espírito Santo. Os processos descritos na perícia demonstram cabalmente a industrialização do produto (art. 222, II, *b*, do RICMS/96), afastando a regra do § 3º art. 7º da Lei Estadual 6.763/75.

A imunidade do ICMS em relação às exportações tem sede constitucional que não foi ofendida, uma vez que não restou comprovada a exportação de todo o produto, nem observância da norma legal que condiciona a operação à não-industrialização do produto em outro Estado. A legislação estadual, dentro de sua competência já analisada, é clara ao dizer que a não-incidência do ICMS só atinge produtos remetidos a outro estabelecimento no mesmo Estado-membro em que foram recebidos, sendo permitido somente o simples acondicionamento ou o reacondicionamento.

O ponto nevrálgico está em que não houve exportação, efetivamente, na operação que se deu entre o Estado-membro de Minas Gerais e as filiais da empresa no Estado-membro do Espírito Santo, já que nesta se efetuou a industrialização do seu produto comercial. Se exportação houve, aconteceu a partir das novas operações com o novo produto obtido pelas filiais no Estado-membro do Espírito Santo, não com aquele primitivamente oriundo do Estado-membro de Minas Gerais. Nesta última, com certeza, a imunidade foi respeitada.

A análise da questão não deve perder de vista o disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a interpretação de norma que disponha sobre exclusão ou suspensão do crédito tributário, ou outorga de isenção, deve ser literal, ou seja, o entendimento do que seja "acondicionamento ou reacondicionamento" não dá margem a extensões, com a inclusão de outros processos, como o beneficiamento ou rebeneficiamento decorrente da operação de café efetivado pela empresa/apelada.

Além disso, a perícia técnica afirmou que nem todo estoque de café originário de Minas Gerais era exportado (fls. 246-TJ). Sendo praxe das empresas exportadoras do produto separar os grãos de melhor qualidade para exportação e comercializar o restante no mercado interno, que no caso seria de 30% da produção (fls. 241/242-TJ)

Portanto, a autora/apelada não cumpriu com ônus probatório da ação anulatória por ela proposta a fim de descaracterizar presunção de legitimidade do ato administrativo que deu origem ao auto de infração.

Na lição imperiosa de HELY LOPES MEIRELLES:

> Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.

> Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderia ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. (...)
>
> Outra conseqüência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova da invalidade do ato adminstrativo para quem a invoca. Cuida-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação terá plena eficácia (*Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 148/149).

Não restando descaracterizada nestes autos a presunção de legitimidade do auto de infração, não há que se falar em anulação do débito fiscal.

Pelos fundamentos expostos, conclui-se pela legalidade e constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.763/75 e Decreto nº 38.104/96, bem como da cobrança do ICMS na operação de transporte de café realizada pela empresa Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda., decorrente do auto de infração.

Pela inversão do ônus da sucumbência, uma vez que legítima a cobrança do débito tributário.

Ante todo o exposto, em reexame necessário, reforma-se a r. sentença monocrática, invertendo-se os ônus sucumbenciais (custas e honorários advocatícios), julgando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, REFORMANDO A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, respectivamente, pelo recorrente, o Dr. Paulo Ricardo Souza Cruz, e, pelo recorrido, a Drª. Sarah Amarante Mendonça Collen.

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04.09.2003, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Na sessão do dia 11.09.2003, pediu vista o Revisor, após votar o Relator reformando a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Silas Vieira.

O Sr. Des. Silas Vieira - Pedi vista na sessão passada, para melhor exame da questão *sub judice*, e, assim fazendo, cheguei à mesma conclusão que o ilustre Desembargador Relator.

Com efeito, ressai do processado que a empresa Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda. foi autuada pelo Fisco estadual, sob o fundamento de ter promovido,

> irregularmente, operações de transferência de café com finalidade específica de exportação, portanto com não-incidência, para outros estabelecimentos do mesmo localizados no Estado do Espírito Santo. O contribuinte não comprovou a exportação das respectivas mercadorias (café), nos prazos legais e conforme o disposto na legislação de ICMS concernente.

Irresignada com a autuação, a Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda. aviou a presente ação, objetivando a nulidade do auto de infração, sob alegação de que apenas remeteu o café a estabelecimentos seus, situados no Espírito Santo, para o fim exclusivo de submeter o produto a rebeneficiamento, exportando-o a seguir, donde, a seu aviso, está beneficiada pela não-incidência do ICMS.

Sopesando todo o acervo probatório dos autos, não vejo como albergar a pretensão da empresa-autora.

Isso porque, à luz da legislação estadual, especialmente do artigo 7º, §§ 1º e 3º, da Lei Estadual nº 6.763/75 e do artigo 5º, III, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 38.104/96, equipara-se à exportação, para fins de não-incidência de ICMS, a mera operação de remessa de mercadoria, de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem alteração do estado do produto a ser exportado.

Outrossim, na espécie, a par da relutância da autora, entendo que o rebeneficiamento do café acarreta alteração do estado do produto, o qual passa por todo o procedimento, descrito à fl. 237 pelo perito oficial, consistente em pré-limpeza, conformação, ventilação, catação.

> Sendo assim, forçoso concluir que o envio do café aos estabelecimentos do Espírito Santo, para rebeneficiamento, dá azo, sim, à incidência de ICMS, ocorrendo o fato gerador, em casos tais, com a saída

da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular (art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96).

Por outro norte, observo que a Fazenda Pública bate-se também na assertiva de que não houve a efetiva exportação do produto que saiu do estabelecimento mineiro. Para tanto, desenvolve o Fisco todo um raciocínio acerca da identificação do café, considerando suas várias características qualitativas.

Nesse particular, contudo, entendo não assistir razão alguma à Fazenda, tendo a perícia constatado que efetivamente houve a exportação do café destinado aos estabelecimentos do Espírito Santo nos anos de 1998 e 1999, pautando-se o Fisco em suposições para afirmar que "*o café exportado não era aquele que saiu do Estado de Minas Gerais*" (fl. 14 do memorial apresentado nesta seara).

Como bem assinalou o *expert*, às fls. 236/243, a autuação foi posterior ao embarque, não havendo dados concretos para dizer se o café exportado é diverso daquele destinado ao Estado do Espírito Santo.

Todavia, repiso, o motivo que dá ensejo à tributação do ICMS é o fato de que não restou caracterizada a simples e pura remessa da mercadoria de um estabelecimento para outro, tendo em vista que o processo de rebeneficiamento do café importa alteração do estado do produto, como dito alhures.

De resto, acuso recebimento de petição subscrita por Procurador do Estado pleiteando a nulidade da perícia feita pelo Sr. Valdeci Miguel Rodrigues, sob argumento de que não é o mesmo engenheiro agrônomo.

Nenhuma razão assiste ao Fisco nesse particular, porque deveria o Fisco exigir a prova da graduação do perito no momento hábil, se entendia pertinente, estando, assim, preclusa a matéria erigida somente nesta fase. De mais a mais, impende invocar o ditame do artigo 249, § 2º, do CPC, segundo o qual:

> Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Com tais expendimentos, acompanho o Desembargador Relator e reformo a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

É como voto.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

SERVIDOR - AÇÃO DECLARATÓRIA - ESTABILIDADE - ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - SERVIDOR APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O MESMO CARGO CUJA ESTABILIDADE PRETENDE VER RECONHECIDA

- Se o servidor foi aprovado em concurso público para o cargo efetivo, fica prejudicado seu pedido de reconhecimento da estabilidade extraordinária, prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

- V.v.: - Deve-se reconhecer ao servidor estadual direito à estabilidade anômala, se preenchidos os requisitos estatuídos no art. 19 do ADCT-CF/88, c/c art. 29 do ADCT-CE, na medida em que tenha exercido o magistério estadual, de forma contínua e por período superior ao exigido no referido dispositivo legal, haja vista que a ínfima interrupção de 14 dias, no ano de 1988, a teor do art. 29, parágrafo único, do ADCT-CE, deve ser computada como efetivo tempo de serviço prestado, não podendo, assim, obstaculizar o direito pleiteado. *(Des. José Domingues Ferreira Esteves)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 340.660-0/00 - Comarca de Jacinto - Relator para o acórdão: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial: Administrativo - Ação declaratória - Estabilidade - Art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988 - Requisitos não preenchidos - Servidor aprovado em concurso público para o mesmo cargo em que pretende ver reconhecida a estabilidade - Sentença reformada em reexame necessário. - Se o servidor foi aprovado em concurso público para o cargo efetivo, fica prejudicado seu pedido de reconhecimento da estabilidade extraordinária, prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Sentença que se reforma, em reexame necessário, para julgar improcedente o pedido, prejudicado o recurso voluntário.

- V.v.: - Administrativo - Ação declaratória - Estabilidade extraordinária - Art. 19 do ADCT da Constituição Federal c/c art. 29, parágrafo único, do ADCT da Constituição do Estado - Requisitos preenchidos - Interrupção de 14 dias desconsiderada - Sentença mantida. - De se reconhecer à servidora estadual direito à estabilidade anômala, se preenchidos os requisitos estatuídos no art. 19 do ADCT-CF/88, c/c art. 29 do ADCT-CE, na medida em que tenha exercido o magistério estadual, de forma contínua e por período superior ao exigido no referido dispositivo legal, haja vista que a ínfima interrupção de 14 dias, no ano de 1988, a teor do art. 29, parágrafo único, do ADCT-CE, deve ser computada como efetivo tempo de serviço prestado, não podendo, assim, obstaculizar o direito pleiteado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2003. - *Ernane Fidélis* - Relator para o acórdão. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de reexame necessário à r. sentença de fls. 113/120, da lavra da MM.ª Juíza de Direito da Comarca de Jacinto, que veio a julgar procedente a ação ordinária postulada por Irenilde Pereira Santos Silva contra o Estado de Minas Gerais, garantindo-lhe, com base no art. 19 do ADCT-CF/88 c/c art. 29 do ADCT-CE, o seu direito à estabilidade extraordinária.

Não concordando com tal entendimento, aviou o Estado de Minas Gerais o vigente recurso de apelação (fls. 124/137), sustentando, basicamente, que a apelada não tem direito à pleiteada estabilidade anômala, porquanto seu contrato fora interrompido por 14 dias, razão pela qual não se enquadra no benefício dado pelo art. 19 do ADCT-CF/88, em decorrência da descontinuidade da prestação dos serviços, razão pela qual pugnou pelo provimento de seu recurso.

Contra-razões apresentadas às fls. 140/144 batem pela manutenção da sentença.

Conheço da remessa oficial, bem como do apelo voluntário, porquanto atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença primária, que declarou o direito da apelada à estabilidade extraordinária no serviço público, em decorrência de ter ela prestado serviços de magistério continuamente por mais de 05 anos, quando da promulgação da Constituição da República.

O apelante, alegando a interrupção na prestação dos serviços, sustenta o não-enquadramento da apelada nas condições previstas no art. 19 da ADCT, razão pela qual não faria jus à requerida estabilidade.

Assim, reside o cerne da questão em saber se a apelada se enquadra no disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta da República c/c o artigo 29 também do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Nesse rumo, cumpre transcrever os mandamentos constitucionais sob análise:

> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição são considerados estáveis no serviço público.
>
> Art. 29. O servidor de unidade escolar que teve seu contrato interrompido pelo Estado durante o período de férias escolares terá, para o fim de aquisição do direito à estabilidade, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, contado como continuado o tempo de serviço prestado, desde que o contrato tenha sido renovado por cinco anos letivos consecutivos.
>
> Parágrafo único. Será considerado continuado, para o efeito deste artigo, além do interstício de férias escolares, o período de interrupção de contrato promovido pelo Estado nos anos de 1987 e 1988, desde que, em cada ano, não supere trinta dias.

Da simples leitura dos dispositivos supratranscritos, conclui-se que, para o servidor de unidade escolar, como é o caso da apelada, ter direito à estabilidade anômala, precisa preencher um único requisito: que esteja em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados.

Entretanto, o parágrafo único do art. 29 da ADCT da Constituição Estadual, excepciona esta regra, prevendo que será considerado serviço continuado o período de interrupção de contrato promovido pelo Estado nos anos de 1987 e 1988, desde que não supere 30 dias.

Compulsando os autos, verifica-se que a apelada, quando da promulgação da CF/88, já trabalhava para o Estado de Minas Gerais, desde fev./82, exercendo a função de professora, cumprindo, assim, o requisito supramencionado.

No entanto, entre o período avaliado pelo art. 19 do ADCT, qual seja, entre 1983 a 1988, a apelada deixou de trabalhar apenas 14 dias, no ano de 1988 (19.09.1988 a 02.10.1988), em decorrência de sua dispensa, nos termos do art. 69, III, do Dec. 26.515/87, enquadrando-se também na regra exceptiva do art. 29, parágrafo único, do ADCT da Constituição Estadual.

Diante de tais considerações, tenho que ficou cabalmente demonstrado que a apelada preenche os requisitos estatuídos no art. 19 do ADCT-CF/88 c/c art. 29 do ADCT-CE, na medida em que exerceu o magistério estadual, de forma contínua e por período superior ao exigido no referido dispositivo legal, haja vista que a ínfima interrupção de 14 dias, no ano de 1988, a teor do art. 29, parágrafo único, do ADCT-CE, deve ser computado como efetivo tempo de serviço prestado, não podendo, assim, obstaculizar o direito pleiteado.

Neste sentido já se manifestou o eminente Desembargador Wander Marotta, quando do julgamento da Apelação Cível nº 256.639-6:

> Ementa: Administrativo - Magistério - Estabilidade - Artigo 19 do ADCT da CF/88 e artigo 29 do ADCT da Constituição Estadual de 1989 - Requisitos preenchidos. - Comprovado que a servidora, professora estadual, prestou serviços ao Estado de forma contínua e não transitória, por período superior a 05 anos, e que se encontrava no exercício de tais funções quando da promulgação da CF/88, faz ela jus à estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT (*DJ* de 13.08.2002).

Diante de tais considerações, confirmo a bem-lançada sentença primária, em seu reexame necessário, a fim de conceder à apelada a reclamada efetivação no serviço público.

Fica prejudicado, destarte, o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Trata-se de pedido de reconhecimento de estabilidade extraordinária, com base no art. 19 do ADCT da CF/88, pela qual pretende a apelada ver declarado o seu direito à estabilidade no serviço público, em razão da prestação de serviços ininterrupta, por mais de cinco anos antes da promulgação da Constituição de 1988, tendo sido o pedido deferido pelo Juiz de primeiro grau.

Com a devida vênia do digno Sentenciante e do em. Relator, o pedido, a meu ver, é totalmente improcedente.

Compulsando atentamente os autos, verifica-se que, antes mesmo da propositura da ação, a apelada havia sido aprovada em concurso público, tomando posse no cargo efetivo de professora, o mesmo para o qual pretende ver declarada a estabilidade, no dia 06 de outubro de 1998, como faz prova o termo de posse colacionado à fl. 69.

Ora, o art. 19 do ADCT da CF/88 prevê o direito à estabilização no serviço público daqueles servidores "que não tenham sido admitidos na forma do art. 37 da Constituição" e, tendo sido a apelada aprovada em concurso público, não poderia ter a sua estabilidade declarada na forma do citado art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, já que não se enquadra na hipótese da citada norma transitória.

Ademais, como a estabilidade é atributo da efetividade, alcançada pela apelada através da aprovação no concurso, e tendo sido a sentença proferida três anos após a posse, já é a apelada estável no serviço público, não havendo qualquer interesse na declaração pretendida.

Com estes fundamentos, pedindo mais uma vez vênia ao em. Relator, em reexame necessário, reformo a sentença, para julgar improcedente o pedido inicial, condenando a apelada nas custas e honorários advocatícios, que fixo, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em R$ 500,00, restando prejudicado o recurso voluntário.

É o meu voto.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR, O PRIMEIRO CONFIRMANDO A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, E O SEGUNDO REFORMANDO-A, NO DUPLO GRAU.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Célio César Paduani) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.10.2003, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor, o primeiro confirmando a sentença, no reexame necessário, e o segundo reformando-a, no duplo grau.

Com a palavra o Des. Nepomuceno Silva.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Dissentem-se os eminentes Desembargadores Ferreira Esteves e Ernane Fidélis, no desate desta *quaestio*, em que o primeiro está a confirmar a sentença que julgou procedente o pedido de estabilidade anômala, nos termos do art. 19 do ADCT-CF/88 c/c art. 29 do ADCT-CE, enquanto que o segundo, ao argumento de que restou provado que a autora-apelada, por outro motivo (aprovação em concurso), obteve a colimada estabilidade, reformou a referida sentença.

Posta a divergência, passo ao desempate.

Examinados os argumentos e fundamentos, não há, *d.v.*, como deixar de subscrever os argumentos do eminente Desembargador Revisor. É que a apelada, embora diga, na exordial, que sua pretendida declaratória se acha acumulada com pedido condenatório, na verdade, o que existe é só a declaração, como claramente expendido, *verbis*:

> a) Requer a declaração pelo Poder Judiciário, do seu direito à estabilidade constitucional, nos termos previstos no artigo 29, parágrafo único, do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual.

Ressaiu claro que a expressão "condenatória" foi posta, ali, com pertinência aos efeitos (custas, etc.) do desate da lide, o que é mero *desideratum* de eficácia processual, fora, assim, do campo de ação do direito material, gerador da busca da prestação jurisdicional.

E, sendo meramente declaratória, é corolário lógico que sua admissão em concurso, com lapso temporal que já lhe outorgou, *ex vi legis*, o direito que reclama, impõe, só por si, a perda de objeto na colimada prestação jurisdicional, daí a razão de perfilhar-me, sob vênia, à ótica do eminente Revisor.

É como voto.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O RELATOR.

ALVARÁ JUDICIAL - PEDIDO PARA LEVANTAMENTO DE SEGURO OBRIGATÓRIO EM RAZÃO DE MORTE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO - MENOR HERDEIRA - MORTE DO PAI QUE NÃO VIVIA COM A MÃE DA MENOR - LEGITIMIDADE DA MÃE PARA REPRESENTAR A FILHA - ATO SINGELO - DECISÃO RÁPIDA - LIBERAÇÃO DO VALOR

- Possui a mãe legitimidade para requerer o levantamento do valor do seguro obrigatório pertencente à filha, menor impúbere, o que não retira da seguradora o direito de consignar em juízo a respectiva importância, se mais de um beneficiário vier a disputá-la e se houver dúvidas sobre o verdadeiro credor.

- Não se pode exigir o desnecessário inventário para a prática de um ato tão singelo quanto o levantamento do valor do seguro obrigatório, devendo prevalecer, até prova em contrário, o inteiro teor das certidões de nascimento e de óbito, rezando a última ser a única filha deixada pelo falecido aquela apontada como beneficiária do valor levantado.

- V.v.: - Falta à autora legitimidade para requerer o valor do seguro obrigatório, nos exatos termos do art. 4º da Lei nº 6.194/74 , o qual prevê que a indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; e, na sua falta, aos herdeiros legais. Corrobora ainda a ausência de legitimidade da autora a falta do interesse de agir, haja vista que da redação do art. 5º da referida Lei nº 6.194/74 se tem que o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa. *(Des. Silas Vieira)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 320.584-6/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator para o acórdão: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Alvará para levantamento de seguro obrigatório - Menor herdeiro - Morte do pai que não vivia com a mãe da menor - Legitimidade da mãe para representar a filha - Decisão concisa, porém fundamentada - Ato singelo - Decisão rápida - Liberação do valor - Possibilidade - Recurso a que se nega provimento.

- V.v.: - Pedido de alvará judicial - Recebimento de seguro obrigatório em razão de morte em acidente de trânsito - Ilegitimidade da autora e ausência de interesse de agir - Extinção do feito sem julgamento do mérito - Reforma da sentença. - 1 - Falta à autora legitimidade para requerer o valor do seguro obrigatório, nos exatos termos do art. 4º da Lei nº 6.194/74, "a indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais (...)". - 2 - Corrobora ainda à ausência de legitimidade da autora a falta de interesse de agir, haja vista que da redação do artigo 5º da Lei nº 6.194/74 se tem que: "o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa (...)".

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Roney Oliveira* - Relator para o acórdão. - *Silas Vieira* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de recurso de apelação da sentença de fls. 19, proferida em sede de autos em que se pretendeu a expedição de alvará judicial, ajuizada por R.S.M., representada pela mãe, L.S., via da qual, o MM. Juiz sentenciante julgou procedente o pedido inicial,

> deferindo a expedição de alvará em favor da requerente, (...) que poderá receber e dar quitação da parte relativa à menor, no seguro obrigatório, junto ao órgão competente, em nome do falecido, R.D.M. O valor a ser levantado, pertencente à menor, deverá ser depositado em conta-poupança, agência do Banco do Brasil, em seu nome, que poderá movimentá-la após a maioridade.

Às fls. 20/30, o Ministério Público apresenta recurso de apelação erigindo as seguintes preliminares:

- legitimidade do Órgão Ministerial para recorrer;

- ausência de fundamentação da decisão ora objurgada.

Em seara meritória aduz que o requerimento ministerial de fls. 18 buscava exatamente apurar a presença ou não de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Acrescenta ainda a falta de legitimidade da autora para requerer o valor do seguro obrigatório, haja vista que a Lei nº 6.194/74, em seu artigo 4º, prevê que "*a indenização, no caso de morte, será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente*", e, somente "*na sua falta, aos herdeiros legais*".

Contra-razões de recurso às fls. 33/34.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às fls. 51/54, recomendando a negativa de provimento ao recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Ab initio, destaco a inquestionável ocorrência de legitimidade e interesse do Ministério Público para recorrer em casos tais, porquanto, acobertada pelo artigo 499, § 2º, do CPC, como ressalta a Súmula 99 do STJ, segundo a qual:

> O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

Uma segunda observação impende ser feita, para registrar que o exame do presente recurso será feito seguindo-se a ordem de prejudicialidade das questões apresentadas, ressaltando que, de fato, com razão o Órgão Ministerial ao sustentar a imposição do decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito.

Pois bem.

No que tange à ilegitimidade da autora para requerer o valor do seguro obrigatório, oportuno observar que nos termos da Lei nº 6.194/74 o que prevê sobre "*Seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não*", *verbis*:

> Art. 4º *A indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais.* Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados.
>
> § 1º *Para fins deste artigo, a companheira será equiparada à esposa,* nos casos admitidos pela lei previdenciária; o companheiro será equiparado ao esposo quando tiver com a vítima convivência marital atual por mais de cinco anos, ou, *convivendo com ela, do convívio tiver filhos* (com redação determinada pela Lei 8.441/92).

Assim, ressai induvidoso que é a própria representante legal da menor a suposta beneficiária, a princípio, do seguro, tendo em vista que, apesar de nada ter sido mencionado nos autos, ou seja, não há provas contundentes acerca de sua condição de esposa ou companheira do falecido R.D., certo é que com ele teve uma filha, perfazendo-se, portanto, a retromencionada exigência legal: "*ou, convivendo com ela, do convívio tiver filhos*" (art. 4º, § 1º, com redação determinada pela Lei 8.441/92).

Além da ausência de legitimidade da autora, falta à mesma interesse de agir, haja vista que da redação do artigo 5º da Lei nº 6.194/74 se tem que:

> *Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa,* haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.
>
> § 1º A indenização referida neste artigo será paga no prazo de 5 (cinco) dias a contar da apresentação dos seguintes documentos:
>
> a) certidão de óbito, registro da ocorrência no órgão policial competente e a prova de qualidade de beneficiário - no caso de morte;
>
> b) prova das despesas efetuadas pela vítima com o seu atendimento por hospital, ambulatório ou médico assistente e registro da ocorrência no órgão policial competente - no caso de danos pessoais.
>
> § 2º Os documentos referidos no § 1º serão entregues à Sociedade Seguradora, mediante recibo, que os especificará.

Com efeito, da simples leitura do retromencionado dispositivo legal, tem-se que, a princípio, afigura-se desnecessária a intervenção judicial no presente feito, haja vista que o art. 5º da Lei nº 6.194/74, transcrito acima, é claro ao prever que: "*O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa*", não havendo no acervo probatório comprovação mínima do porquê do não-recebimento do seguro via administrativa.

Neste sentido, vale ressaltar a elucidativa conclusão a que chegou o membro do *Parquet* em suas razões de apelação, *verbis*:

> Prematura, portanto, a decisão judicial que deferiu autorização em benefício da menor R., antes que sua condição de real beneficiária fosse devidamente justificada (fls. 30).

Destarte, não vislumbrando efetiva precisão da ingerência do Poder Judiciário, forçoso concluir pela ausência de interesse de agir, este caracterizado pela "*necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial*", consoante lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., p. 52.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a sentença, extinguindo o feito *ex vi* do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

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

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR DAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 02.10.2003, a meu pedido. O Relator dava provimento ao recurso.

Meu voto é o seguinte:

Data venia, ouso divergir do em. Relator e, confirmando a decisão de fls. 19, nego provimento ao recurso.

A certidão de nascimento de fls. 09 torna induvidoso que a menor R.S.M., nascida em 19.05.97, é filha de L.S. (solteira) e de R.D.M., também falecido no estado civil de solteiro.

A paternidade é induvidosa, mesmo porque, no assento de nascimento, figura, como declarante, o próprio pai.

Noticia a certidão de óbito de fls. 08 que o extinto, ao falecer por traumatismo crânio encefálico, possivelmente decorrente de acidente de trânsito, deixou uma única filha, exatamente R., que, por ser menor impúbere, deve ser representada, nos atos da vida civil e no foro judicial, pela mãe.

Recomendável seria que a genitora outorgasse, por instrumento público, o mandato judicial de fls. 04, mas tal defeito formal não invalida a representação nem pode trazer entraves burocráticos à prestação jurisdicional, mormente porque o Sentenciante, ao autorizar (fls. 19), fosse levantado, pela apelada, o valor do seguro obrigatório de que é beneficiária a filha menor, teve o cuidado de determinar fosse sua quota-parte depositada em conta-poupança judicial.

A mãe tem legitimidade para requerer o levantamento daquele valor pertencente à filha, o que não retira da seguradora o direito de consignar em juízo a respectiva importância, se mais de um beneficiário vier a disputá-la e se houver dúvidas sobre o verdadeiro credor.

Apesar de tais considerações, não se pode exigir o desnecessário inventário para a prática de um ato tão singelo quanto o levantamento do valor do seguro.

Por derradeiro, há de prevalecer, até prova em contrário, o inteiro teor das certidões de nascimento e de óbito supramencionadas, rezando a última ser a única filha deixada pelo falecido R. aquela apontada como beneficiária do valor levantado.

Apesar da costumeira excelência do voto do em. Relator, prefiro adotar, como razões de decidir, as mesmas da sentença e do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 51/54), favorável à sua confirmação, o que distancia aquela manifestação ministerial de segundo grau das razões recursais de fls. 20/30, da lavra do representante do Ministério Público de primeiro grau, que entendeu prematura e despida de fundamentação a sentença, deslembrado, certamente, de que fundamentação concisa não é sinônimo de ausência de fundamentação.

Em casos tais, a decisão há de ser singela e rápida, como convém nas questões singelas, em que se faz urgente a liberação de um valor que não mais pertence à seguradora, mas à única herdeira do *de cujus*.

Frente ao exposto, não só rejeito a preliminar de nulidade da sentença, como confirmo, na sua inteireza, a decisão monocrática, na esteira do lúcido parecer da culta Procuradora de Justiça Sirlene Reis Costa.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Sr. Presidente. Na falta de cônjuge sobrevivente, devida a indenização ao herdeiro legal, que, no caso, é a menor, filha da vítima. A companheira se equipara à esposa, segundo a lei previdenciária, no caso de ser indicada como dependente.

No caso, ainda que fosse companheira da vítima, reconheceu a mãe da menor que o direito era da filha, tanto que requereu como representante desta.

Tenho como correta a respeitável sentença apelada.

Pedindo vênia ao em. Relator, nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO DECLARATÓRIA ANULATÓRIA DE DÉBITO CONEXA COM AÇÃO CAUTELAR - VIOLAÇÃO DE MEDIDOR DE CONSUMO DE ENERGIA - CORTE NO FORNECIMENTO EM CASO DE INADIMPLEMENTO DA FATURA COMPLEMENTAR - LEGALIDADE

- Comprovada a fraude praticada pelo consumidor de energia elétrica, mediante violação do selo de medidor, licita é a cobrança dos valores referentes ao consumo do período, pela concessionária do serviço público, assim como a hipótese de corte em caso de inadimplemento dos respectivos valores, previamente comunicada, nos termos da Lei nº 8.978, de 13.02.1995, e da Resolução nº 456/2000, de 29.11.2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.786769-6/001 (em conexão com a de nº 1.0024.02.820438-6/001) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NEPOMUCENO SILVA

Ementa oficial: Ação ordinária declaratória anulatória de débito conexa com ação cautelar - Violação de medidor de consumo de energia - Corte no fornecimento em caso de inadimplemento da fatura complementar - Legalidade - Sentenças reformadas. - Comprovada a fraude praticada pelo consumidor de energia elétrica, através da violação do selo de medidor, licita é a cobrança dos valores referentes ao consumo do período, pela concessionária do serviço público, assim como a hipótese de corte em caso de inadimplemento dos respectivos valores, previamente comunicada, nos termos da Lei nº 8.987, de 13.02.1995 e da Resolução nº 456/2000, de 29.11.2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Ab initio, verifico que tanto a ação ordinária como a conexa ação cautelar encerram idêntica matéria, razão pela qual, por praticidade e racionalidade, examino-as em conjunto, num único desate.

Trata-se de reexame necessário e de recursos de apelações interpostos pela Companhia Energética de Minas Gerais-Cemig, contra as sentenças (fls. 91/94 e fls. 99/100) proferidas pela MM.ª Juíza de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital, nos autos da ação declaratória anulatória de débito e da ação cautelar inominada, com pedido liminar, *inaudita altera parte*, ajuizadas, ali, pelo Bingo Alterosas Diversões e Comércio Ltda. (apelado), assim definidas:

> a) na ordinária (fls. 91/94), julgou-se procedente o pedido exordial para declarar inexigível a cobrança de R$ 74.244,30 (setenta e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro reais, trinta centavos), com a condenação da Cemig ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais), com base no § 4º do art. 20 do CPC;
>
> b) na cautelar (fls. 99/100), julgou-se procedente o pedido para confirmar a liminar concedida às fls. 28/29, impedindo a apelante de suspender o fornecimento de energia elétrica por conta do não-pagamento da fatura complementar no valor de R$ 74.244,30 (setenta e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro reais, trinta centavos), sob pena de multa diária a ser arbitrada pelo Juízo. Nesta, a apelante foi condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), com base no § 4º do art. 20 do CPC.

Sentenças sujeitas ao reexame necessário.

Corporifica-se a insurgência da apelante nas razões recursais (fls. 95/101 e fls. 101/108), argumentando, em síntese, que a cobrança discutida nos autos se refere a consumo de energia elétrica que não foi devidamente faturado, por adulteração fraudulenta, provocada no medidor de energia elétrica do estabelecimento do apelado.

Contra-razões (fls. 103/107 e fls. 110/113), em infirmação óbvia.

Este o relato, no essencial.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e dos recursos voluntários.

1. Ação ordinária.

Versam os autos sobre ação declaratória anulatória de débito, proposta pelo *Bingo Alterosas Diversões e Comércio Ltda.* (apelado), contra a Companhia Energética de Minas Gerais-Cemig, almejando, em síntese, seja declarado inexistente o débito no valor de R$ 74.244,30 (setenta e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro reais, trinta centavos), proveniente da fatura complementar (fl. 17), com a confirmação da liminar deferida em sede de ação cautelar, impedindo, dessa forma, a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

Cinge-se, portanto, a *quaestio* no pertinente à possibilidade, ou não, de empresa concessionária de serviço público proceder à suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude de inadimplemento do usuário.

Não decidiu S. Exa. com seu costumeiro e admirável acerto, *data venia*, a eminente Juíza monocrática, ao julgar procedente o pedido, segundo as evidências do caso.

O regime da delegação de serviços públicos está previsto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de

1995. Quanto aos serviços públicos de energia elétrica, impõe-se destacar a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, cujo art. 4º dispõe que:

> As concessões, permissões e autorizações de serviços e instalações de energia e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, de 1995, e das demais.

Assim, o regime da execução indireta de serviços públicos de energia elétrica, partindo-se do específico para o geral, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, consubstancia-se nas regras da Lei nº 9.074/95, da Lei nº 8.987/95 e das demais normas gerais, dentre as quais se destaca o Código de Defesa do Consumidor, prevalecendo, sempre, as específicas sobre as gerais. Cumpre asseverar que as normas do CDC serão aplicáveis à medida que inexista norma específica, sucessivamente, nas Leis 9.074/95 e 8.987/95 com regência sobre as situações fáticas subjacentes.

Com efeito, o art. 7º, I, da Lei nº 8.987/95, estabelece que:

> Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:
>
> I - receber serviço adequado.

Por sua vez, prevê o art. 6º, § 1º, da mesma lei:

> Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O legislador disciplinou no inciso II, § 3º, do art. 6º da Lei nº 8.987/95, *verbis*:

> Art. 6º. (...)
>
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
>
> I - (...);
>
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

É de se reconhecer, portanto, aplicável o dispositivo da lei de concessões, buscando manter incólume o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantindo a eficiência do serviço e a modicidade da tarifa, princípios estes que mais se regozijam com o interesse de toda a coletividade. Pensar o contrário é admitir a oneração de todos os usuários, em benefício dos inadimplentes.

É claro que não estou a ignorar as disposições do CDC relativas à matéria, que vedam qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, de forma a compelir o devedor inadimplente ao pagamento de seus débitos, máxime a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Apenas sustento que a concessionária, segundo a evidência da hipótese *sub examine*, em que há manifesta ilicitude do usuário, não está obrigada a manter o serviço público de fornecimento de energia, às suas expensas. Essa hipótese de suspensão do serviço está albergada pela lei de concessões, que rege e garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Dos documentos juntados na contestação, verifica-se que, em 11.04.2002, foi lavrado por funcionários da Cemig, "Termo de Ocorrência de Irregularidade" (fl. 64), continuado em 12.04.2002 (fl. 65), através dos quais constataram irregularidades no medidor de energia do estabelecimento comercial do apelado. Houve, também, lavratura de boletim de ocorrência pela Polícia Militar (fls. 66/67).

Em razão de tais atos, o apelado foi devidamente notificado para comparecer à agência da Cemig, apondo, inclusive, seu ciente nos referidos termos.

Ao contrário do que sustentou o apelado, a prova colhida nos autos comprova que o medidor de consumo de energia de seu estabelecimento foi violado. Destaca-se do laudo pericial (fl. 37), *verbis*:

> Sou de parecer, embasado na inspeção do cabo, do seu isolamento e análise das normas ABNT, que o cabo 2,5 mm² de diâmetro rígido de cobre e com isolamento, rompeu em virtude de fadiga (tensões aplicadas a um material sob solicitações cíclicas), provocada pela ação mecânica direta entre duas extremidades do cabo, que foi flexionado. O rompimento do cabo causou a interrupção do fluxo da corrente elétrica no secundário do TC Balteau SC-15 que não foi danificado.

A fraude restou, assim, caracterizada, fazendo ruir qualquer argumentação do apelado.

Destarte, a violação de medidor de energia constitui ilícito penal e caberia ao apelado, se investido de boa-fé, demonstrar quem foi o autor da violação descrita nos autos, afastando a presunção de que teria sido praticado em seu proveito, isto é, com o propósito de obter vantagem indevida.

Mesmo negando a autoria do ilícito, a responsabilidade pelo pagamento do consumo é sua, já que, além de ser detentor da posse direta do imóvel e de seus acessórios, é ele o responsável pelo pagamento da conta de energia elétrica.

O que está sendo cobrado é energia elétrica consumida pelo apelado ou sob sua responsabilidade, já que sem registro no medidor, em face da adulteração fraudulenta, não havendo falar em coação, por parte da companhia-apelante porque a constatação de irregularidade se deu em 11.04.2002 e a fatura complementar (fl. 17) foi elaborada para vencimento em 15.07.2002, prazo este suficiente para análise pericial do medidor e utilização, por parte do apelado, em acato ao seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Ademais, até 16.07.2002, data em que foi concedida a liminar na ação cautelar (fls. 28/29), não havia sido feito o corte de energia elétrica, caindo por terra também a tese do apelado quanto a uma suposta imposição unilateral e abusiva da companhia-apelante.

Repito que, estando evidenciada a fraude praticada no medidor de energia elétrica, assiste à Cemig (apelante) o direito ao corte do fornecimento do serviço.

Quanto à ameaça no corte de energia elétrica, em caso de inadimplência, os artigos 72 e 90, I, da Resolução nº 456 da Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel, assim dispõem:

> Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento...
>
> Art. 90. A concessionária poderá suspender o fornecimento, de imediato, quando verificar a ocorrência de qualquer das seguintes situações:
>
> I - utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72.

Dessa forma, renovando vênia, não há falar em apuração do débito em ação própria, pois a Cemig, como concessionária de serviço público, está autorizada pela Aneel a proceder à revisão do faturamento e a suspender o fornecimento de energia elétrica em caso de fraude praticada pelo consumidor ou em caso de inadimplência, como preferir.

Eis a orientação pretoriana em hipóteses que tais, *verbis*:

> a) Administrativo - Energia elétrica - Corte de fornecimento em razão de fraude constatada. - O corte no fornecimento de energia elétrica, decorrente de fraude praticada pelo consumidor, não fere direito líquido e certo.
>
> - Recurso improvido. (STJ, 1ª Turma, REsp nº 41.557-SP, Relator Ministro César Asfor Rocha, j. em. 23.05.1994, *DJ* de 20.06.1994, p. 16.060).
>
> b) Fornecimento de energia elétrica - Corte no fornecimento. - Não ofende direito líquido e certo o ato de concessionária de energia elétrica que determina o corte no fornecimento a consumidor apanhado em flagrante de fraude no consumo e ainda inadimplemento no pagamento de energia consumida. (TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação nº 586032096, Relator Desembargador Athos Gusmão Carneiro, j. em. 02.06.1987.)
>
> c) Mandado de segurança - Serviços de energia elétrica - Cobrança - Inadimplência - Corte no fornecimento - Legalidade. - Compete ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, incluindo os serviços e instalações de energia elétrica, consoante a inteligência do art. 21, inciso XII, alínea *b*, da Carta Magna. Afigura-se plenamente admissível a aplicação do dispositivo da lei de concessões, que permite o corte no fornecimento de energia elétrica, em ordem a manter incólume o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantindo a eficiência do serviço e a modicidade da tarifa, princípios estes que mais se regozijam com o interesse de toda a coletividade. Apelo não provido. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.312362-7/000, Relator Desembargador Célio César Paduani, acórdão de 12.05.2003, publicação de 29.08.2003.)
>
> d) Mandado de segurança - Energia elétrica - Fraude praticada pelo consumidor - Corte no fornecimento de energia em caso de inadimplemento - Possibilidade - Direito líquido e certo - Ausência. - Comprovada a fraude praticada pelo consumidor de energia elétrica, através da violação dos selos do medidor, lícita é a cobrança dos valores referentes ao consumo do período pela concessionária do serviço público, assim como a hipótese de corte em caso de inadimplemento dos respectivos valores, previamente comunicada, conforme Resolução 456 da Aneel-Agência Nacional de Energia Elétrica. Ausente o direito líquido e certo a ser amparado no mandado de segurança, a ordem deve ser denegada. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.300982-6/000, Relator Desembargador Francisco Figueiredo, acórdão de 03.04.2003, publicação de 16.05.2003.)

e) Medida cautelar - Energia elétrica - Consumidor - Violação do medidor - Fatura - Emissão - Pagamento - Ausência - Desligamento - Coação - Não-caracterização. - Verificada, em exame técnico, violação do medidor e notificado, previamente, o consumidor, para exercer o seu direito de defesa no procedimento administrativo ou para pagar a fatura emitida, não se mostra abusiva a suspensão do fornecimento de energia elétrica, prevista em lei, pela falta da contraprestação. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.280087-8/000, Relator Desembargador Almeida Melo, acórdão de 14.11.2002, publicação de 18.02.2003.)

f) Ação cautelar com pedido liminar - Comprovada fraude na caixa de medição de energia elétrica - Atendimento por parte da Cemig dos dispositivos legais reguladores da espécie - Inocorrente o *fumus boni iuris*, um dos requisitos autorizadores da medida cautelar - Recurso desprovido para manter *in totum* a r. sentença. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.280182-7/000, Relator Desembargador Sérgio Lellis Santiago, acórdão de 07.10.2002, publicação de 18.02.2003.)

g) Ação ordinária - Revisão de consumo de energia - Violação de medidor de consumo de energia (...).

- I. Configurado nos autos que o medidor de consumo de energia restou violado, em que resultou consumo inferior àquele efetivamente ocorrido, correta a postura da concessionária de energia elétrica, que enviou ao autor conta de energia elétrica, contendo o acerto dos faturamentos indevidos, a teor do artigo 51 da Portaria nº 466/97, do DNAEE.

- II. (...) (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.303223-2/000, Relator Desembargador Brandão Teixeira, acórdão de 17.06.2003, publicação de 22.08.2003.)

2. Ação cautelar.

Na ação cautelar reclama-se a plausividade do direito alegado, destacando-se da melhor doutrina que:

> Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o 'direito de ação', ou seja, o direito ao processo de mérito. É claro que deve ser revelado como um interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial', como ensina Ugo Rocco. Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal (...) (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in Curso de Direito Processual Civil*, v. II, 33ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 343).

In casu, isso não ocorreu, e a objurgada cobrança encontra amparo legal no art. 72 da Resolução 456 da Aneel, reguladora da espécie, impondo-se o mesmo destino da ação principal, isto é, pela reforma também desta sentença.

Com tais expendimentos, rogando vênia, em reexame necessário, reformo ambas as sentenças, em sua literalidade, tanto na ação declaratória anulatória de débito como na ação cautelar, o que faço para julgar improcedentes os pedidos, ressaindo prejudicados os recursos voluntários, ficando invertida a sucumbência.

Custas recursais, pelo apelado.

É como voto.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

MEIO AMBIENTE - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE

- As normas contidas nos arts. 23, inciso VI; 30, incisos I e II; e 225, todos da CF/88, bem assim a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente (art. 24, inciso VI) da Constituição Federal não excluem a competência do Município para legislar, supletivamente, na defesa do meio ambiente, buscando suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais.

- Com amparo no art. 20, § 4º, do CPC e levando em conta que a questão discutida nos autos não se revela complexa, nem se desenrolou a causa por vasto lapso temporal, mas sem esquecer a excelência do trabalho desenvolvido pelos procuradores da Fazenda Municipal, ora vencedora, é de se admitir a diminuição do valor da verba honorária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 346.242-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial : Embargos à execução fundados na alegação de incompetência do município para legislar sobre matéria ambiental - Descabimento - Redução dos honorários advocatícios - Possibilidade - Reforma parcial da sentença. - As normas contidas nos arts. 23, inciso VI; 30, incisos I e II, e 225, bem assim a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente (art. 24, inciso VI) não excluem a competência do Município para legislar, supletivamente, na defesa do meio ambiente, buscando suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 93/98, proferida nos autos de embargos à execução ajuizada por Empresa Venda Nova Ltda. em face da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, via da qual o MM. Juiz sentenciante julgou improcedentes os embargos, "*devendo a execução fiscal prosseguir em seus ulteriores termos*".

Ainda no ato sentencial, o Magistrado condenou a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais restaram arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), de conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC.

Às fls. 102/108, a embargante apresenta suas razões de apelo aduzindo que:

- o Município de Belo Horizonte não tem competência para legislar sobre meio ambiente (poluição ambiental), pelo que a Lei 4.253/85 e o Decreto 5.893/88 não foram recepcionados pela Constituição Federal, sendo sua aplicação inconstitucional;

> - a competência para legislar sobre meio ambiente e controle de poluição é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, sendo que a da União é para estabelecer normas gerais, deferida ao Estado competência suplementar, cuja eficácia cessa se e quando houver lei federal a respeito (106);

- o art. 231, inciso III, da Lei 9.503/97, prevê penalidade idêntica à da Lei Municipal nº 4.253/85, de modo que as multas municipais se tornam um *bis in idem* em relação à sanção existente no Código Nacional de Trânsito;

- descabida a fixação de honorários advocatícios no patamar de R$ 800,00 (oitocentos reais), correspondendo tal montante a mais de 70% (setenta por cénto) do valor da execução, qual seja, R$ 1.084,84 (mil e oitenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), razão pela qual requer sua redução para, no máximo, 20% (vinte por cento) do valor da execução.

Contra-razões de apelação às fls. 111/114.

Abstenho-me de remeter os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta instância, tendo em vista que o Ministério Público manifestou desinteresse no presente feito, consoante se observa de fl. 92.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Nos presentes embargos, a apelante, permissionária de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, argumenta que foi multada pelo fato de seu veículo emitir fumaça em desacordo com os padrões estabelecidos, nos termos da Lei Municipal nº 4.253/85 e do Decreto Municipal nº 5.893/88, os quais não foram recepcionados pela Constituição Federal, sendo sua aplicação inconstitucional.

Em suas razões recursais, bate-se pela incompetência do Município para legislar acerca de

matéria ambiental e conseqüente autuação e imposição de multa.

Pois bem.

Para dirimir as questões suscitadas, vale transcrever as disposições contidas nos artigos 23, inciso VI, e 225 da Constituição da República/88, *verbis*:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre a competência do Município para legislar, o artigo 30, inciso I, da Carta Magna, estabelece que a ele compete legislar sobre assuntos de interesse local, ressaindo induvidoso, a toda evidência, que o Município é sim competente para legislar sobre proteção ao meio ambiente e controle da poluição.

Ademais, o inciso II do mesmo artigo 30 estabelece que compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Assim, tem-se que as normas contidas nos arts. 23, inciso VI; 30, incisos I e II; e 225, bem assim a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente (art. 24, inciso VI) não excluem a competência do Município para legislar, supletivamente, na defesa do meio ambiente, buscando suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais.

Tanto é assim que a Constituição do Estado dispõe, em seu art. 171, *verbis*:

> Art. 171. *Ao Município compete legislar:*
>
> I - (...)
>
> II - sobre os seguintes assuntos, entre outros, em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado: (...)
>
> b - caça, pesca, *conservação da natureza* e defesa do solo e dos recursos naturais.

Neste sentido, tem sido unissona a jurisprudência deste colendo Tribunal:

> Meio ambiente - Competência do Município para legislar e atuar sobre proteção ambiental em decorrência do exercício do poder de polícia, inerente aos três níveis de governo - Considerando o inciso II do artigo 30 da CF/88 e estando presente o interesse predominantemente local, está o Município constitucionalmente autorizado a suplementar as regras existentes, atendendo as suas peculiaridades específicas - Competência implícita entre os assuntos de seu peculiar interesse por afetar diretamente a sua população, a preservação do meio ambiente urbano e dos recursos naturais de seu território que interfiram na saúde e bem-estar de seus habitantes (Apelação Cível 227.278-9, Rel. Des. Abreu Leite, data da publicação: 22.03.2002).
>
> Embargos à execução fiscal - Meio ambiente - Poluição - Competência do Município - Autuar e multar - Veículos automotores - Produção de fumaça. - O artigo 23, inciso VI, da CF/88, prevê a competência do Município para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Cabe aos Municípios legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local (art. 30, II, da CF/88) (Apelação Cível 304.654-7/00, Relator Des. Jarbas Ladeira, data da publicação: 21.03.2003).

Quanto à dupla incidência alegada pela apelante, o fundamento, a natureza e finalidade da penalidade prevista no Código de Trânsito Brasileiro e na Lei Municipal nº 4.253/85, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 5.893/88, são completamente distintos.

É que o dispositivo do Código de Trânsito Brasileiro tem o condão de repelir o tráfego de automóveis que emitam fumaça em excesso, o que acarretaria grande prejuízo e perigo para todo o trânsito, enquanto que a multa imposta pela Municipalidade visa assegurar a qualidade de vida de todos e a conservação e proteção do meio ambiente uma vez que regula a quantidade de poluente emitida pelos veículos automotores que circulam pela cidade.

Por derradeiro, razão assiste à recorrente no tocante à redução da verba honorária.

Com espeque no artigo 20, parágrafo 4º, do CPC, e levando em conta que a questão discutida nos autos não se revela envolta de complexidade, nem se desenrolou a causa por vasto lapso temporal, mas sem olvidar da excelência do trabalho desenvolvido pelos procuradores da Fazenda Municipal, ora vencedora, reputo justo diminuir o valor da verba honorária de R$ 800,00 (oitocentos reais) para R$ 300,00 (trezentos reais).

Com arrimo em tais expendimentos, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os honorários advocatícios ao patamar de R$ 300,00 (trezentos reais).

Custas recursais, na proporção de 70% (setenta por cento) para a empresa-apelante e 30% (trinta por cento) para o ente municipal-apelado, suspensa a exigibilidade quanto a este último.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

PERMISSÃO REMUNERADA DE USO - PREÇO - ALTERAÇÃO UNILATERAL - POSSIBILIDADE

- A alteração do preço fixado em Termo de Permissão Remunerada de Uso é possível e, desde que seja observada a legislação de regência, pode ocorrer de forma unilateral. Por isso, quem adere à regra de correção do preço, divulgada em edital de concorrência para contratação de permissão remunerada de uso, quando se vê obrigado a pagar o novo valor da mensalidade, não pode alegar que o justo e razoável no momento de aceitação das regras da licitação passou a ser ilícito e imoral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.274-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Anulatória - Permissão remunerada de uso - Preço - Alteração unilateral - Possibilidade. - A alteração do preço fixado em Termo de Permissão Remunerada de Uso é possível e ocorre de forma unilateral observada a legislação de regência. Apelo provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de ação ordinária com pedido de anulação de débito c/c pedido de tutela antecipada e dispensa de depósito, ajuizada por Bandeirante Alimentos Ltda., em face da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte.

A autora narra que participou de licitação para ocupação de área no Mercado Distrital da Barroca (área especial nº 09 e lojas nºs 15, 16 e 17) e, como licitante vencedora, assinou o Termo de Permissão Remunerada de Uso de fls. 56/58-TJ. O preço cotado para o período de 12 (doze) meses foi o mensal de R$1.408,13 (mil quatrocentos e oito reais e treze centavos), com base nos preços fixados pelo Decreto nº 8.452/95. Com a vigência do Decreto nº 9.687/98, o preço ofertado foi alterado de forma unilateral para R$2.595,13 (dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e treze centavos). Assim, por não concordar com a alteração do valor ofertado e com a justificativa de que a Cláusula Quarta do Termo de Permissão Remunerada de Uso autorizava o procedimento, apresentou pedido de cancelamento, que foi aceito. Todavia, os valores dos meses de maio, junho e julho de 1999 foram cobrados, e o não-pagamento resultou em inscrição na dívida pública, motivo pelo qual requer a anulação dos lançamentos 27683990048738, 27683990047738 e 27683990046751. Por último, registra que os débitos inscritos prejudicam a renovação do Termo de Permissão Remunerada de Uso da área Especial X, do Mercado Distrital do Cruzeiro, que, atualmente, ocupa.

Em defesa (fls. 192/197-TJ), o réu sustenta que a alteração de valor foi expressamente prevista no edital de licitação e no contrato administrativo firmado, fato que restou materializado com o Decreto nº 9.652/98, pelo que requer a improcedência do pedido inicial.

A sentença julgou procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade dos lançamentos 27683990048738, 27683990047738 e 27683990046751 e determinar que novos ocorram com base no Decreto nº 8.452/95, anular parcialmente a Cláusula Quarta e cessar o motivo determinante para a não-renovação do Termo de Permissão Remunerada de Uso, da área Especial X, do Mercado Distrital do Cruzeiro (fls. 218/226-TJ).

O réu, inconformado, apela (fls. 227/235), sustentando que o preço mensal ofertado pelo uso de espaço no Mercado Distrital da Barroca foi alterado, unilateralmente, porque assim autorizava a Cláusula Quarta do Termo de Permissão Remunerada de Uso e edital de licitação. Por fim, discorre sobre a não-existência de permissão do espaço ocupado pela apelada no Mercado Distrital do Cruzeiro e bate-se pela reforma da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de exarar parecer (fls. 261/264-TJ).

Assim relatados, passo à decisão.

A questão controvertida é restrita à possibilidade de alteração unilateral do preço ajustado no Termo de Permissão Remunerada de Uso de fls. 56/58 (área especial nº 09 e lojas nºs 15, 16 e 17).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em sua obra *Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 446, ensina:

> Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.

O Edital de Concorrência SMAB nº 007-98, que tinha por fim

> a ocupação de espaço de 664,74m² constituído da Área Especial nº 09 e Lojas 15, 16 e 17, no Mercado Distrital da Barroca, para instalação de um supermercado, sendo vedada a comercialização de produtos hortifrutigranjeiros, conforme planta constante do Anexo I deste,

no item V - Proposta, *g* (fl. 85), estabeleceu a seguinte condição:

> Declaração de que o preço será cotado para o período de 12 (doze) meses, podendo ser corrigido na mesma proporção caso o valor fixado no Decreto 8.452/95 sofra alterações durante o período.

O Decreto nº 8.452/95 foi alterado pelo Decreto nº 9.687/98, e o valor devido pelo uso da área especial nº 09 e lojas nºs 15, 16 e 17, passou a corresponder a "*4,00 UFIR p/m² p/mês*" (fl. 69-TJ). Assim, a permissão remunerada de uso assinada em 15.4.99 (fl. 58-TJ), não poderia ter como preço vigente por todo o seu período o do Decreto nº 8.452/95.

A proposta de fl. 141-TJ confirma que a autora não desconhecia a regra de preço do edital. Aliás, expressamente, ofertou a apelante:

> (f - que o preço cotado será para o período de 12 (doze) meses, sendo corrigido na mesma proporção caso o valor fixado no Decreto 8.452/95 sofra alterações).

Nesse contexto, acolher a alegação da apelante de que o preço não poderia ter sido alterado, unilateralmente, significa vulnerar a legislação de regência e as regras do edital de licitação da concorrência, tão-somente, em seu benefício. Aliás, a espécie é típica de quem alega a própria torpeza. É que, quem adere à regra de correção do preço, divulgada em edital de concorrência para contratação de permissão remunerada de uso, quando se vê obrigado a pagar o novo valor da mensalidade, não pode, simplesmente, alegar que o justo e razoável no momento de aceitação das regras da licitação passou a ser ilícito e imoral.

Com efeito, a Cláusula Quarta do Termo de Permissão Remunerada de Uso e os lançamentos de números 27683990048738, 27683990047738 e 27683990046751 são válidos. Estes, aliás, representam obrigação não tributária cujo fato gerador (não-pagamento de preço cotado em concorrência adjudicada no período de vigência do Termo de Permissão Remunerada de Uso) mostra-se irrefutável.

Em síntese, a alteração do preço fixado em Termo de Permissão Remunerada de Uso é possível e ocorre de forma unilateral observada a legislação de regência.

Assim sendo, dou provimento à apelação, para julgar improcedente o pedido de anulação de débito, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

SENTENÇA - NULIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INOCORRÊNCIA - AÇÕES CAUTELAR E PRINCIPAL - JULGAMENTO SIMULTÂNEO - POSSIBILIDADE - SINDICATO - PARTE LEGÍTIMA PARA CONCRETIZAÇÃO DE ACORDO EM NOME DE SEUS MEMBROS - DELIBERAÇÃO DOS TERMOS DA AVENÇA EM ASSEMBLÉIA - EMPRESAS INTERESSADAS REPRESENTADAS - CONCORDÂNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 105 E 132 DO CPC E 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- O princípio da identidade física do juiz somente ocorre quando ele realiza a instrução e colhe prova oral em audiência, concluindo a instrução.

- As ações cautelar e principal devem ser julgadas simultaneamente, em decorrência da conexão entre elas, a fim de evitar delongas desnecessárias e atender ao princípio da economia processual.

- É o sindicato parte legítima para concretizar acordo em nome de seus membros, mormente quando os termos da avença foram deliberados em assembléia geral extraordinária, em que estiveram presentes as representantes das empresas, que com eles concordaram, nos termos do preceptivo de regência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.790138-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Constitucional e Processual Civil - Nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz - Inocorrência - Ação cautelar e principal - Julgamento simultâneo - Possibilidade - Sindicato - Parte legítima para concretização de acordo em nome de seus membros - Deliberação dos termos da avença em assembléia - Empresas interessadas representadas - Concordância - Inteligência dos arts. 105 e 132, ambos do CPC, e art. 8º da Constituição da República. - O princípio da identidade física do juiz somente ocorre quando ele realiza a instrução e colhe prova oral em audiência, concluindo a instrução. Devem as ações cautelar e principal ser julgadas simultaneamente, em decorrência da conexão entre elas, a fim de evitar delongas desnecessárias e atender ao princípio da economicidade processual. É o sindicato parte legítima para concretizar acordo em nome de seus membros, mormente quando os termos da avença foram deliberados em assembléia geral extraordinária, em que estiveram presentes as representantes das empresas, que com eles concordaram, nos termos do preceptivo de regência.

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, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelos apelados, os Drs. Rangel Carvalho Cordeiro e Érico Xavier Lima e, pelo segundo apelante, a Dr.ª Zirlene dos Anjos.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Inicialmente, quero comunicar que li o memorial que me foi encaminhado pelo DER.

Da sentença (fls. 287/292-TJ), que julgou procedente pedido constante de ação declaratória de inexistência de relação jurídica obrigacional ajuizada por Expresso Nossa Senhora da Boa Viagem Ltda. e Coletivos Santa Marta Ltda., em face do DER/MG-Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais e do Sintram-Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros Metropolitano, apelam os réus.

Do Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros Metropolitano, alegando, em síntese, que, ainda que se admitisse que ele não pode criar compromissos para uma parte de seus associados, sem autorização expressa, na presente hipótese, houve a mencionada autorização para assim agir, com regular convocação, discussão e aprovação do

termo em assembléia, em que ela teria assumido dívida perante o DER/MG, referente a tarifas cobradas de passageiros em prestação de serviço de transporte rodoviário, pugnando pela análise prévia do agravo retido interposto, para que possa comprovar que as apeladas estiveram presentes, participaram e aprovaram os termos da obrigação a elas imposta, demonstrando-se que agiu no interesse da categoria econômica representada, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 300/304-TJ.

Na mesma oportunidade, apela o DER/MG (fls. 323/329-TJ), sustentando preliminar de nulidade do *decisum* monocrático, por ter sido proferida por Juiz que não teve qualquer atuação no feito, tendo sido recrutado apenas para participar de mutirão instituído por este eg. Tribunal de Justiça, e, no mérito, alega que as ações cautelar e principal foram julgadas simultaneamente, sem referência no relatório à cautelar, além da ausência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* a autorizar sua concessão; que as autoras não participaram do acordo realizado em face dos débitos da Câmara de Compensação Tarifária e que o acordo com o Sintram visava apenas à garantia do recebimento das parcelas avençadas com a comercialização dos vales-transportes, não detendo a autarquia estadual qualquer responsabilidade com a retenção de numerário, requerendo a final a condenação em honorários de acordo com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e sua exclusão da lide.

Conheço da remessa necessária, de ofício, bem como dos recursos voluntários, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

1. Das prefaciais:

1.1. A prefacial de nulidade do *decisum* monocrático invocada pelo segundo apelante, ao fundamento de que os autos foram distribuídos a Juiz que não teria participado da instrução do feito, não procede.

Vê-se que, num esforço de defesa para sustentar seu intento, o recorrente traz arestos à colação que, por óbvio, não abraçam sua tese, já que não dizem respeito ao caso vertente, dispondo o art. 132 do CPC que:

> o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

O princípio da vinculação do magistrado ao processo, ou da identidade física do juiz, no Direito Processual Civil Brasileiro, tem base nas regras insertas no supramencionado dispositivo legal e origem no festejado princípio da oralidade.

Com base nessas premissas legais, é pacífico que a identidade física do julgador, ou sua vinculação ao processo, somente ocorre quando ele realiza a instrução e colhe prova oral em audiência, concluindo a instrução.

Na hipótese, houve julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do Estatuto Processual, conforme manifestado por S. Exa., não se realizando, pois, audiência, razão por que não há falar em inobservância ao princípio da identidade física do juiz.

Aliás, foi este o entendimento que proferi quando do julgamento da Apelação Cível nº 311.718-1, ocorrido em 8.5.03, de minha relatoria, à unanimidade, e que resultou na lavratura da ementa adiante colacionada, na parte em que interessa:

> Constitucional, Administrativo e Processual Civil - Ação declaratória - Nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz - Inocorrência (...). - O princípio da identidade física do juiz somente ocorre quando ele realiza a instrução e colhe prova oral em audiência, concluindo a instrução. (...).

Rejeito, pois, a prefacial.

1.2. Por outro lado, o julgamento simultâneo das ações cautelar e principal, como assim também sustentou o segundo irresignante, não tem o condão de gerar a nulidade do julgado proferido, na medida em que é expressamente autorizada pelo Código de Processo Civil e há muito utilizado em nosso Ordenamento Jurídico, nos termos do dispositivo adiante transcrito:

> Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

À obviedade, há conexão entre a ação declaratória de inexistência de relação jurídica obrigacional, via da qual pleitearam os autores a declaração de inexistência de obrigação ao cumprimento do contrato avençado entre as rés, e a ação cautelar anteriormente ajuizada, na qual fora requerida a abstenção do sindicato-réu quanto à retenção ou compensação de valores referentes aos vales-transporte, bem como do DER/MG, para que não lhes aplicasse sanção pelo não-cumprimento da obrigação objeto de discussão, devidamente observados os indispensáveis requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão da liminar.

Assim, a fim de evitar maiores delongas desnecessárias e dar cumprimento ao princípio da economicidade processual, correta a atuação do digno Prolator do trabalho decisório, que houve por julgar ambas as querelas simultaneamente, sem que tal ato importe em violação aos arts. 458 e 459 do Estatuto Processual, mormente quando há referência a ambas as ações no relatório, na fundamentação e dispositivo da sentença.

Inacolho, também, esta objeção.

2. Do agravo retido:

Por ocasião da interposição da irresignação apresentada pelo primeiro apelante, requereu a apreciação prévia do agravo retido de fls. 267-TJ.

Com efeito, naquela oportunidade insistiu ele na produção de prova testemunhal, a fim de que pudesse comprovar que os autores estiveram presentes na assembléia que definiu a negociação com o DER/MG, resultando no contrato firmado, com a devida aprovação de seus termos.

Os apelados, na impugnação à contestação de fls. 205/210-TJ, sustentam que:

> o principal argumento de defesa das Rés, e o único ligado diretamente ao mérito desta demanda, é a vontade manifesta de demonstrar à Douta Julgadora que as Autoras estavam cientes e concordaram com a contratação feita através do termo de cessão (*litteris*);

que

> os documentos juntados às fls. 244/248 e 263/267 (da ação cautelar), que o Sintram junta na ação cautelar e na presente somente manifesta sua existência, são simples termo de presença, nada mais (*idem*);

e que

> tal documento, assinado pela representante legal das autoras, somente prova que a mesma estava presente à Assembléia Geral Extraordinária defendendo os interesses de suas empresas, o que foi feito, já que as rés, nesta assembléia, já estavam tramando a assinatura do termo de cessão de direitos, o que vinha de encontro aos interesses das empresas (*idem*).

Nos autos em apenso da ação cautelar (fls. 241/243-TJ), há a ata da assembléia geral extraordinária do Sintram, na qual consta que, naquele dia, seria discutida a:

> aprovação do inventário final da Câmara de Compensação Tarifária-CCT, e a celebração do Termo de Cessão de Direitos, de Obrigações e outras avenças' entre o DER/MG, o SINTRAM e as empresas CREDORAS e DEVEDORAS da Câmara de Compensação Tarifária-CCT, para o acerto final dos débitos/créditos em aberto junto à CCT, em função da extinção desta Câmara de Compensação pela Deliberação nº 003/2001 da AMBEL e Portaria nº 1646/2001 do DER/MG (*sic*, fls. 241-TJ).

Ao deslinde daquela assembléia,

> após debates, foi aprovado, por unanimidade, a minuta apresentada e o encaminhamento da minuta para o DER/MG, que, após aprovação deste Departamento, deverá ser assinado pelos representantes legais de todas as associadas (*idem*, fls. 243-TJ)

e que

> ratificou-se a aprovação do acordo apresentado, para ser cumprido por todas as associadas, e as empresas que ainda não o assinaram devem fazê-lo o mais breve possível (*idem*, *idem*),

com a observação de que, à fl. 245-TJ, há assinatura das autoras, por sua representante legal.

Posteriormente, em nova assembléia geral extraordinária,

> foi lido o texto do Termo de Cessão de Direitos e Obrigações, já aprovado pelo DER-MG, referente ao acerto final dos débitos e créditos da Câmara de Compensação Tarifária, tendo sido distribuída uma cópia do citado texto a todos os associados (fls. 259-TJ, autos em apenso)

e que

> após discussão, foi aprovada, pelos presentes, o texto abaixo transcrito (*idem*),

além de ressaltar que

> as empresas associadas aprovaram o texto do Termo de Cessão de Direitos e Obrigações e, nos termos do art. 1.069 do Código Civil, manifestaram estar cientes da cessão de que cuida o texto apresentado, nada tendo a opor em relação à sua formalização e assinatura (fls. 262-TJ, mesmos autos).

Todo esse histórico é extremamente necessário para se demonstrar a desnecessidade de produção

de prova testemunhal requerida pelo sindicato, na medida em que toda a comprovação, quanto ao comparecimento das autoras nas assembléias, está devidamente demonstrada por prova documental, tornando a prova requerida meramente protelatória.

Nego provimento ao agravo retido interposto.

3. Quanto ao mérito propriamente dito da presente ação, quanto à existência ou não de legitimidade do sindicato de transportes para criação de obrigação em nome de suas associadas, destaco que o digno Magistrado sentenciante aduziu que:

> ninguém discute que aos sindicatos é possível o ajuizamento de ações e medidas administrativas em *defesa* de seus filiados, mas isto ocorre não para criar obrigações aos sindicalizados, mas como substitutos processuais (fls. 291-TJ)

e que

> tendo personalidade jurídica distinta de seus integrantes, não pode o organismo sindical praticar, em nome destes, atos que impliquem obrigações ou encargos, pois tal atitude não caracteriza *defesa* de interesses de qualquer pessoa (*idem*),

para, a final, julgar procedente o pedido inicial.

Aliás, no julgamento da Apelação Cível nº 306.619-8, ocorrido em 28.4.03, de minha relatoria, à unanimidade, sustentei que a legitimidade do sindicato, para a defesa de interesses de seus membros, advém do art. 8º da Constituição da República, que assim dispõe:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Naquela oportunidade, asseverei que o sindicato tem legitimidade para interpor medidas em favor do interesse de seus membros, independentemente de sua expressa autorização, nos termos do posicionamento adotado pelo Sumo Pretório, como se constata do aresto adiante colacionado:

> Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: Desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5º, LXX, *b*. Mandado de segurança contra lei em tese: Não-cabimento. Súmula 266-STF.
>
> - I. A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.
>
> - II. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.
>
> - III. O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.
>
> - IV. Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.
>
> - V. Mandado de segurança não conhecido" (Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 22.132/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21.8.96, *DJ* de 18.11.96).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça, segundo a qual:

> Mandado de segurança - Entidade sindical - Impetração em favor de apenas um membro - Necessidade de autorização expressa - Art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988. - O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente manifestado o entendimento de que não se faz necessária expressa autorização dos membros de sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo. Contudo, esta autorização é exigida quando a entidade busque defender interesse isolado de seu componente, quando então a via processual eleita não é a retromencionada (1ª CC, Apelação Cível nº 147.186-1, Rel. Des. Páris Peixoto Pena, j. em 31.8.99, *DJ* de 3.9.99).

Na presente hipótese, como bem observou o ilustre Magistrado de origem, há a peculiaridade de que houve não a defesa de um interesse dos associados do sindicato, mas sim a constituição de obrigação em nome deles.

Entretanto, e é preciso que se deixe registrado, conforme já historiei previamente, as autoras estiveram devidamente representadas nas assembléias em que se deliberou a criação de tais obrigações, constando, numa das atas assinadas, que:

> as empresas associadas aprovaram o texto do Termo de Cessão de Direitos e Obrigações e, nos termos do art. 1.069 do Código Civil, manifestaram estar cientes da cessão de que cuida o texto apresentado, nada tendo a opor em relação à sua formalização e assinatura (*litteris*, fls. 262-TJ, autos em apenso).

Ora, se a ciência da cessão de direitos e obrigações, que agora vêm as autoras contestar em juízo, é comprovada por meio da ata da assembléia geral extraordinária do sindicato, não podem agora alegar que estavam simplesmente presentes na reunião, sem que houvessem concordado com a deliberação, para posteriormente sustentarem que o sindicato agiu ilegitimamente em seus nomes.

Se, efetivamente, não concordavam com a cessão dos direitos e obrigações, naquela assembléia, o mínimo que deveriam ter feito era assinar a ata, com a ressalva de que não adeririam ao que ali havia sido estipulado.

Por derradeiro, o DER/MG pede sua exclusão da lide, o que não se pode aceitar, na medida em que aqui se discute a legitimidade de um acordo realizado pelo Sintram, em nome de seus associados, com a própria autarquia estadual, sendo ela diretamente atingida pelos efeitos operados no julgamento da ação, seja favorável, seja desfavoravelmente.

Quanto à fixação dos honorários advocatícios, entendo-os ajustados em patamar superior ao razoável, pelo que também deve ser reformado o *decisum* monocrático, neste aspecto, para fixá-los em R$5.000,00 (cinco mil reais).

4. Ao impulso de tais considerações, rejeito as preliminares eriçadas, nego provimento ao agravo retido interposto pelo primeiro apelante e, em reexame necessário, reformo a sentença monocrática para, em conseqüência, julgar improcedentes os pedidos constantes da inicial da ação, fixando os honorários advocatícios em R$5.000,00 (cinco mil reais), prejudicados os recursos voluntários.

Custas processuais, recursais e honorários, pelas autoras.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO DISCIPLINAR - PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, LV, DA CF - INÉRCIA POR QUASE CINCO ANOS PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NO CARGO - SOLDOS - VENCIMENTOS E VANTAGENS A PARTIR DA CITAÇÃO

- O contraditório e a ampla defesa são direitos que devem ser assegurados a todos os litigantes nos processos administrativos, conforme se infere do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Assim, não basta a simples oitiva do militar para a sua exclusão dos quadros da Polícia, com fundamento em penalidade disciplinar, devendo o procedimento possibilitar a defesa escrita, o termo de inquirição de testemunhas e outros atos sucessivos e ordenados, destinados à averiguação da realidade da falta cometida e à ponderação de suas circunstâncias, objetivando o regular julgamento, sob pena de nulidade do ato por vício de inconstitucionalidade e ilegalidade.

- Embora haja orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que devem ser restaurados todos os direitos de que foi privado o servidor militar pelo período em que esteve afastado do cargo, quando judicialmente reconhecida a ilegalidade do ato de sua exclusão, não é justo nem razoável efetuar o pagamento dos soldos do militar relativos ao período de quase cinco anos em que se manteve inerte para postular em juízo a sua reintegração, pois, durante esse período, presume-se que ele tenha realizado atividades remuneradas para sobreviver. Assim, o pagamento deve incidir sobre as parcelas vencidas a partir da citação, época em que o Estado tomou conhecimento da irresignação do praça contra a sua exclusão dos quadros da PMMG, não podendo o militar ser premiado com a sua inércia, à custa dos cofres públicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.372-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Administrativo - Ação ordinária - Exclusão disciplinar de policial militar de Minas Gerais - Reintegração no cargo - Nulidade do ato administrativo - Inobservância do art. 5º, LV, da Constituição da República - Ausência de processo administrativo regular, contraditório e ampla defesa - Pedido parcialmente procedente - Restauração dos direitos a partir da citação - Sentença parcialmente reformada. - I - Se o ato administrativo combatido - exclusão de policial militar - se deu sem a observância do devido processo legal, com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve ser anulado por vício de inconstitucionalidade e ilegalidade, ante a inobservância de preceitos constitucionais (art. 5º, LV, da CR/88). - II - A simples oitiva do autor, sem que lhe fosse concedida oportunidade de comprovar sua alegação, não configura o exercício do contraditório. - III - Ainda que não se desconheça a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que devem ser restaurados todos os direitos de que foi privado o servidor militar pelo período em que esteve afastado do cargo, quando judicialmente reconhecida a ilegalidade do ato de sua exclusão, pensa-se como mais razoável que o pagamento dos vencimentos e eventuais vantagens ao militar que ajuizou a ação quase cinco anos após sua exclusão se dê somente a partir da citação, a fim de que não seja premiada sua inércia, às custas dos cofres públicos.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Brandão Teixeira* - Cuida-se de recurso voluntário contra a r. sentença de fls. 115/121-TJMG, pela qual o ilustre Juiz da causa julgou procedente o pedido formulado na presente ação ordinária de reintegração de cargo aforada por Antônio Eustáquio de Miranda contra o Estado de Minas Gerais.

O autor ajuizou a presente ação ordinária, com o objetivo de ser reintegrado no cargo de policial militar, porque foi excluído da corporação, depois de 10 anos de efetivo exercício. Para tal, alegou que a sua exclusão das fileiras ocorreu de forma arbitrária e ilegal, sem que lhe fosse assegurado o direito constitucional de ampla defesa e do contraditório, mormente porque não foi defendido por advogado. Aduziu que o defensor militar, não inscrito na OAB, não tem condições de atuar em defesa de outro militar, tendo em vista a existência de hierarquia.

O Estado de Minas Gerais apresentou contestação às fls. 75/77-TJMG, aduzindo que o autor foi excluído da corporação mediante processo administrativo, em que lhe foi dada a oportunidade de ampla defesa e do contraditório. Asseverou que a defesa efetivada por um integrante da corporação não maculou o princípio do *due process of law*, porque

> Todas as oportunidades de defesa foram concedidas pelo Conselho ao autor, ele mesmo informa que foi assistido por um Tenente da PMMG, que tinha conhecimento das acusações e que participou do julgamento do Conselho.

A ilustre Juíza da causa julgou procedente o pedido, ao argumento de que, embora o autor estivesse em *sursis* quando cometeu nova transgressão militar (chegou 40 minutos atrasado para prestar serviços como telefonista no PABX), a exclusão da corporação desrespeitou aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Fundamentou-se, ainda, na nulidade insanável do processo administrativo, diante da falta de advogado para a defesa do autor, o que ensejou violação ao contraditório e à ampla defesa (fls. 115/121-TJMG).

Conhece-se do reexame necessário, *ex vi* do artigo 475 do CPC.

Reexame necessário. Inconstitucionalidade do ato de exclusão disciplinar do autor.

Trata-se de ação ordinária proposta por Antônio Eustáquio de Miranda contra o Estado de Minas Gerais, devido a sua exclusão das fileiras da Corporação da Polícia Militar, sem que lhe fosse proporcionado o direito de ampla defesa e do contraditório.

Ab initio, cumpre salientar que, no âmbito funcional, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a figura do processo administrativo disciplinar como competente para apurar e punir faltas praticadas pelos servidores públicos, sem, contudo, retirar ao Poder Judiciário o controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR), ressalvando-se que, nesse aspecto, ao Poder Judiciário é vedado apreciar o mérito do ato administrativo, mas não o é examiná-lo sob o prisma da legalidade.

O ponto central da presente discussão reside na legalidade ou não do ato de expulsão do autor das fileiras da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Qualquer cidadão brasileiro, civil ou militar, tem o direito ao devido processo legal, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa garantidos constitucionalmente. A Constituição da República não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

Fixada esta premissa, urge não olvidar que, *in casu*, a expulsão do autor ocorreu com total afronta aos dispositivos legais e constitucionais pertinentes à espécie.

Colhe-se dos autos que o autor, em 10.06.1998, por ocasião de decisão do Conselho de Disciplina a que fora submetido, foi excluído disciplinarmente da Polícia Militar, tendo obtido, naquela mesma oportunidade, o benefício de suspensão da exclusão disciplinar pelo prazo de 1 (um) ano, a contar daquela data, sob a condição de não cometer, nesse período, nova transgressão disciplinar (fl. 58). A concessão do benefício se deu com base nos parágrafos 1º e 2º do art. 83 c/c inc. V do art. 86 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - RDPM (Decreto nº 23.085, de 10 de outubro de 1983).

No entanto, em 07.02.1999, o autor atrasou-se por 40 minutos para iniciar sua jornada de trabalho junto ao PABX, da UEOp.

Tal atitude, em termos objetivos, configurou nova transgressão disciplinar: "chegar atrasado no serviço", o que ensejou a efetivação da exclusão disciplinar imposta ao autor, na forma dos artigos 30 e 32 do RDPM, c/c o artigo 146, inciso IV, da Lei nº 5.301/69.

Enfim, a PMMG considerou que o autor realizou transgressão disciplinar, o que culminou na sua exclusão, por desobediência à condição de suspensão anteriormente estabelecida.

Ainda que se possa vislumbrar que o autor chegou atrasado 40 minutos para trabalhar no PABX, resta verificar se a sua exclusão disciplinar ocorreu mediante procedimento administrativo, com observância do contraditório e ampla defesa.

No procedimento que precedeu a definitiva exclusão disciplinar, houve simples oitiva do autor, momento em que ele alegou diversos problemas financeiros, psicológicos e físicos, o que o impossibilitou de chegar a tempo para o início da jornada de trabalho.

Ocorre que o RDPM prevê procedimento mais amplo do que o adotado para se concluir se houve ou não transgressão disciplinar do beneficiário do *sursis* administrativo. Conforme exposto, a concessão do benefício ao autor se deu com base nos parágrafos 1º e 2º do art. 83 do RDPM, que assim dispõe:

> Art. 83. No caso previsto no inciso I do Art. 76, o conselho, atendendo a circunstâncias especiais do caso concreto e reconhecendo a possibilidade de recuperar o faltoso, poderá sugerir que a aplicação da exclusão disciplinar seja suspensa pelo prazo de 1 (um) ano, a contar daquela data.
>
> § 1º Se, no prazo do artigo, a praça cometer transgressão disciplinar, a medida será revogada e efetivada a pena de exclusão disciplinar.
>
> § 2º O benefício de suspensão da exclusão disciplinar só poderá ser concedido uma única vez, à mesma praça.

Vê-se que o § 1º destaca que o benefício de sobrestamento da exclusão será revogado se, no seu prazo, a praça cometer transgressão disciplinar, caso em que será efetivada a pena de exclusão disciplinar, ou seja, o cometimento de transgressão disciplinar é a condição para a revogação do benefício. Ora, o RDPM prevê procedimento formal para a apuração do ato cometido pela praça e para a imposição, na esfera administrativa, de penalidade cabível, caso constatada a transgressão disciplinar.

Aprofundando-se no texto legal, tem-se que as penas disciplinares são resultado do julgamento da transgressão. O Conselho de Disciplina, ao qual se submeteu o autor por se enquadrar na hipótese do art. 76, I, do RDPM, é destinado a examinar, em procedimento especial, a incapacidade da praça para permanecer na Polícia Militar, "criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se defender", opinando, ao final, por meio de parecer (art. 74, RDPM).

In casu, não houve abertura de oportunidade para que o autor pudesse se defender, nem houve instrução no processo disciplinar. Não foram atendidas todas as formalidades procedimentais essenciais, tais como o oferecimento de oportunidade para apresentação de defesa escrita e o termo de inquirição de testemunhas (*vide* art. 630). Depreende-se

dos autos que a PMMG não seguiu, inteiramente, o procedimento exigido pelo art. 82 do RDPM, onde se prevê a realização ordenada de diversos atos sucessivos na fase de instrução e defesa do militar acusado, que são destinados à averiguação da realidade da falta cometida e à ponderação de suas circunstâncias, objetivando o regular julgamento do militar acusado.

O autor possuía 10 anos de efetivo serviço, de forma que a aplicação da exclusão disciplinar não deveria ser precedida apenas de sua simples audição. Tanto é assim que ele foi submetido ao Conselho de Disciplina, conforme prevê o RDPM:

> Art. 76. Será submetida a Conselho de Disciplina a praça com mais de 05 (cinco) anos de efetivo serviço que: I - no mau comportamento, vier a cometer nova falta disciplinar, grave ou gravíssima.

Em tais circunstâncias, o julgamento da penalidade, nos termos do art. 18 do RDPM, deveria ter sido precedido de exame e de análise que considerassem: I - os antecedentes do transgressor; II - as causas que a determinaram; III - a natureza dos fatos ou dos atos que a envolveram; IV - as conseqüências que dela possam advir.

Ainda, de acordo com a norma do art. 19, no julgamento da transgressão, poderiam ser levantadas as causas que pudessem justificar a falta, bem como as circunstâncias atenuantes e agravantes. Se fosse reconhecida qualquer uma das causas de justificação elencadas no art. 20, não haveria punição (parágrafo único). Em outras palavras, apenas hipoteticamente e sem examinar o mérito do ato administrativo, o fato de o autor ter atrasado 40 minutos para iniciar sua jornada de trabalho poderia ser justificado, afastando-se, assim, a imputada transgressão disciplinar capaz de revogar a suspensão da exclusão disciplinar.

Ainda sem adentrar-se o mérito administrativo, é conveniente entender-se que, no caso dos autos, era cabível apuração mais detalhada sobre os motivos pelos quais o autor atrasou. Somente assim, seria possível verificar, regularmente, se houve ou não a causa de justificação prevista no inciso I do art. 20 - "*ter havido motivo de força maior, plenamente comprovado e justificado*".

O fato é que, em termos objetivos, não foi concedida ao militar ampla defesa e oportunidade de comprovar sua alegação. Dessa forma, a simples oitiva do autor não configurou exercício do contraditório.

Enfim, o motivo determinante do ato administrativo combatido - expulsão do autor - foi o cometimento de uma nova infração, que teria levado à quebra do benefício concedido. Contudo, esta nova infração não foi devidamente apurada pela administração militar. Não foi assegurado ao autor o devido processo legal, com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para que sua alegação fosse apreciada, com vista ao pretendido reconhecimento da causa de justificação e conseqüente descaracterização da infração ao tempo do *sursis*.

Por conseguinte, impõe-se declarar a nulidade do ato administrativo que consistiu na exclusão disciplinar do autor, por vício de inconstitucionalidade, ante a inobservância de preceitos constitucionais (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Todas essas considerações são suscitadas apenas para o fim de se demonstrar a utilidade da instrução e a necessidade de se observar o devido processo legal. Não se pode negar ao autor a oportunidade, no processo administrativo, de tentar influir no ânimo da autoridade que ia apreciar a situação, por meio de alegações e de provas de fatos que a pudessem levar a conclusão diversa da que foi adotada.

O processo administrativo deverá ser reiniciado, para que se cumpram todas as fases previstas no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (Decreto nº 23.085, de 10 de outubro de 1983) com o objetivo de se apurar e julgar a transgressão disciplinar imputada ao autor.

Embora a r. sentença tenha sido prolatada sob a ótica da inexistência de defesa técnica realizada por advogado, afigura-se oportuna e razoável a manutenção da r. sentença no que tange à imediata reintegração do autor ao cargo que ocupava na Polícia Militar.

Restauração dos direitos. Ajuizamento da ação após quase cinco anos do ato de sua exclusão. Inércia do autor. Vencimentos e vantagens devidos a partir da citação.

Deve-se ressalvar, no entanto, que o Estado de Minas Gerais deverá pagar ao autor os vencimentos a que faz jus, *a partir da citação*, corrigidos monetariamente desde o vencimento de cada obrigação e acrescidos de juros de mora.

É neste aspecto que a sentença merece reforma, já que a ilustre Sentenciante condenou o Estado de Minas Gerais ao pagamento de todos os direitos e vantagens inerentes, inclusive sobre os vencimentos vencidos e vincendos do autor, devidamente corrigidos, que, de acordo com a sentença, deveria dar-se a partir da exclusão disciplinar combatida.

Ainda que não se desconheça a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que devem ser restaurados todos os direitos de que foi privado o servidor militar pelo período em que esteve afastado do cargo, quando judicialmente reconhecida a ilegalidade do ato de sua exclusão, conclui-se que mais justo e razoável seria que o pagamento incidisse sobre as parcelas vencidas a partir da citação no presente processo.

Caso contrário, estar-se-ia premiando a inércia do autor em acionar o Judiciário, às custas dos cofres públicos. Ele postulou em juízo sua reintegração após 03 anos da data do ato administrativo de sua exoneração disciplinar.

Presume-se que o autor tenha realizado atividades remuneradas durante o período em que ficou afastado, o que ainda perdura, pelo menos para sobreviver. Contudo, não se conhecem quais as circunstâncias e o tempo de duração de tais atividades, nem os motivos que o levaram, somente após transcorridos 03 anos, a reacender a discussão quanto à legalidade do ato de sua exclusão. Se como militar não podia exercer outras atividades, excluído, pode exercê-las. Enfim, aquilo que deixou de ganhar como militar deve ser compensado com o que pode ganhar justamente e por ter sido afastado da função policial militar.

Destarte, o erário não deve ser responsabilizado pela inércia de servidor militar que há muito se encontra afastado das atividades públicas. Por isto, entende-se que a obrigação patrimonial do Estado de Minas Gerais em relação ao autor deverá ser restabelecida somente a partir da citação, que foi o momento em que o devedor foi constituído em mora (art. 219, *caput*, CPC) e tomou conhecimento da irresignação do autor contra a sua exclusão dos quadros da PMMG.

Conclusão.

Ex positis, em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, para, sem prejuízo do prosseguimento regular do processo disciplinar, manter a parte da decisão que julgou procedente o pedido de reintegração do autor ao cargo do qual fora excluído. Reforma-se a r. sentença quanto à condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento dos vencimentos e vantagens do autor, que deverá ocorrer a partir da citação, corrigidos monetariamente desde o vencimento e acrescidos de juros de mora, à taxa legal de 6% (seis por cento) ao ano até o início da vigência do novo Código Civil, a partir de quando deverá incidir 1% (um por cento) ao mês.

Custas, na forma da lei.

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

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

DIVÓRCIO - PROLONGADA SEPARAÇÃO DE FATO - PARTILHA DE BENS - VENDA DO ÚNICO IMÓVEL DO CASAL ANTES DA SEPARAÇÃO - NOVO IMÓVEL ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM DO DIVORCIANDO E SUA ATUAL COMPANHEIRA - NÃO-RECONHECIMENTO DO DIREITO À PARTILHA PRETENDIDA PELA EX-ESPOSA

- Se demonstrado que os divorciandos, quando ainda viviam juntos, venderam o único imóvel que possuíam, e que, posteriormente - durante prolongada separação de fato -, o ex-cônjuge-varão constituiu nova família, tendo construído outro imóvel com a ajuda de sua atual companheira, inviável se torna a pretensão da ex-esposa (com quem foi casado pelo regime da comunhão parcial) de reconhecimento de seu direito à partilha desse outro imóvel em decorrência do decretado divórcio, por não ter participado de sua aquisição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.991-4/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Divórcio - Prolongada separação de fato - Partilha de bens - Venda do único imóvel do casal antes da separação - Novo imóvel adquirido pelo esforço comum do divorciando e sua atual companheira - Não-reconhecimento do direito à partilha pretendida pela ex-esposa. - Se demonstrado que os divorciandos, quando ainda viviam juntos, venderam o único imóvel que possuíam, e que, posterior-

mente, durante prolongada separação de fato, o ex-cônjuge varão constituiu nova família, tendo construído outro imóvel com a ajuda de sua atual companheira, inviável se torna a pretensão da ex-esposa (com quem foi casado pelo regime da comunhão parcial) de reconhecimento de seu direito à partilha desse outro imóvel em decorrência do decretado divórcio, por não ter participado de sua aquisição.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a ação de divórcio proposta por F.A.F. contra S.A.F., à alegação de estarem separados de fato desde o ano de 1993, tendo ele, inclusive, constituído nova família.

Decretou-se o divórcio do casal, *ut* r. sentença de fls. 93/96, cuja parte dispositiva ora se transcreve:

> ... ante o exposto e tendo em vista o parecer do MP (fls. 90/91), decreto o divórcio do casal, com fundamento no art. 5º da Lei 6.515/77... (fl. 96, sentença prolatada pelo preclaro Magistrado Dr. Geraldo de Souza Lopes).

Insurge-se a apelante contra a r. sentença, sob os argumentos, em síntese, a seguir alinhados:

a) que o apelado, ao abandonar o lar conjugal, não partilhou os bens com a apelante, bens estes reclamados (fls. 23/24) mediante os documentos de fls. 43/46;

b) que não constaram da peça vestibular, maldosamente, bens a partilhar, sendo estes indicados pela apelante em sua peça de defesa, nesta ação de divórcio litigioso.

Almeja o provimento do apelo, para ser reformada a r. sentença e "... determinada a partilha dos bens reclamados" (fl. 101).

Há contra-razões (fls. 104/107).

O Ministério Público de 2º grau, em r. lúcido parecer da lavra da valorosa Procuradora de Justiça, Dra. Aida Lisbôa Marinho (fls. 118/121), recomenda o não-atendimento à cogitação recursal.

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, eis que tempestivo e adequado.

Ficou demonstrado nos autos que a separação de fato do casal se prolongou por, pelo menos, oito anos, segundo os depoimentos de fls. 70/72. Entende-se que a prolongada separação de fato, indicando a ruptura definitiva do vínculo conjugal, sem ter havido reconciliação, e tendo o bem sido adquirido após o rompimento da vida em comum, ou seja, posteriormente à sua cessação, não seria razoável dar-se receptividade à pretensão de partilha de bens, manifestada pela ex-cônjuge-varoa.

À colação, coadunável mostra jurisprudencial:

> Apelação - Separação de fato - Partilha - Inexistência de bens. - 1 - Não há que se falar em partilha quando inexistem bens a serem partilhados. - 2 - Sobremais, com a separação de fato, cessa a comunhão existente entre os esposos, não havendo que se falar na partilha de bens acaso adquiridos posteriormente. Recurso provido. TJMG - Ap. Cível nº 230.018-4/00 - Belo Horizonte - Relator: Des. Aluízio Quintão.

Não se comunicam, para fins de partilha, os bens adquiridos por um só dos ex-cônjuges, durante a prolongada separação de fato, *sem qualquer participação do outro ex-cônjuge.*

A própria apelante, nos autos da ação de alimentos ajuizada contra o apelado, em 17 de janeiro de 1994, confessou que dele já estava, à época, separada há três meses, o que vale dizer, acham-se, agora, separados há mais de oito anos. Logo, se o marco final da vida em comum entre a apelante e o apelado foi o mês de novembro de 1993, quaisquer bens adquiridos posteriormente não são comunicáveis ou partilháveis.

A propósito, consentânea jurisprudência:

> O cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ... (REsp nº 32.218-SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 03.09.2001, p. 224).
>
> Casamento (efeitos jurídicos). Separação de fato (5 anos). Divórcio direto. Partilha (bem adquirido após a separação). - Em tal caso, tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal. Precedentes do STJ: por todos, o REsp nº 140.649, *DJ* de 15.12.1997. Recurso especial não conhecido (REsp nº 67.678-RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, j. em 19.11.1999, *RSTJ*, 142/220).

Ao opinar, o ilustre Promotor Celso Penna Fernandes Júnior salienta haver, à conta de bens, um automóvel e um imóvel, que, porém,

> ... devem ser excluídos de qualquer partilha, pois foram adquiridos pelo autor posteriormente à sua separação de fato. O carro - um Opala - foi adquirido pelo autor em 1998, conforme documento de fl. 44; e o imóvel que possuía em comum com a ex-mulher - um barracão - foi vendido e partilhado e o valor apurado dividido entre ambos, conforme prova testemunhal. O imóvel de fl. 46 foi adquirido após a separação e construídas suas benfeitorias com dinheiro proveniente da parte do barracão pertencente ao autor (fl. 91).

Não são eles bens partilháveis, portanto, porque adquiridos depois da separação de fato do casal, não tendo a ora apelante se desincumbido do ônus de provar o alegado fato constitutivo de seu direito.

À sua vez, o dinâmico Juiz Geraldo de Souza Lopes salientou, com acuidade, que:

> ... sendo o regime do casamento o da comunhão parcial de bens, não há falar em partilha, pois não houve participação da mulher na aquisição dos bens mencionados (fl. 95).

Em suma, a apelante não provou que contribuiu, direta ou indiretamente, para a aquisição do novo bem imóvel, nem negou ter ela (aquisição) ocorrido muitos anos após a separação de fato.

À luz do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

CONSUMIDOR - ENERGIA ELÉTRICA ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA LEITURA - ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO - CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA - RESPONSABILIDADE - FORNECEDOR - AUTO-LEITURA - REVISÃO DO CONSUMO - IMPOSSIBILIDADE

- Cabe ao fornecedor de energia elétrica provar sua alegação de existência de defeito no medidor de energia ou a falta de sua leitura habitual, não cabendo ao consumidor demonstrar, em princípio, que não houve aumento do consumo. É a inversão do ônus da prova a que se refere o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não revogado pela Lei das Concessões, pois cuidam esses institutos jurídicos de matérias distintas, cabendo ao fornecedor de serviços ou produtos a demonstração *salienter tantum* da responsabilidade do consumidor (mormente quando se trata de fornecedor hipersuficiente - empresa de energia -, em relação à parte hipossuficiente - o consumidor). Entretanto, uma vez confessado pelo consumidor que a leitura do medidor de energia é feita por ele mesmo, ou por sua esposa, não há como dar-se procedência ao seu pedido de revisão do consumo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.020-3/00 - Comarca de Passa-Quatro - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Consumidor - Energia elétrica - Ação de revisão do consumo - Auto-leitura do medidor - Alegação demonstrada de leitura irregular pelo próprio consumidor - Conseqüente improcedência do pedido. - Não cabe ao consumidor de energia elétrica demonstrar, em princípio, que não houve aumento do consumo, e sim ao fornecedor provar sua alegação (dele, fornecedor) de existência de defeito no medidor de energia ou falta de sua leitura habitual. É a inversão do ônus da prova a que se refere o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não revogado pela Lei das Concessões - como nem

poderia deixar de ser -, pois cuidam esses institutos jurídicos de matérias distintas, cabendo ao fornecedor de serviços ou produtos a demonstração *salienter tantum* da responsabilidade do consumidor (mormente quando se trata de fornecedor hipersuficiente - empresa de energia -, em relação à parte hipossuficiente - o consumidor). Entretanto, uma vez confessado pelo consumidor que a leitura do medidor de energia é feita por ele mesmo, ou por sua esposa, não há como dar-se procedência ao seu pedido de revisão do consumo.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a apelação interposta em ação de revisão de consumo e de tarifa de energia elétrica c/c obrigação de não fazer, com pedido de antecipação parcial de tutela ajuizada por João Sílvio Rocha Monteiro Corrêa contra a Cemig-Cia. Energética de Minas Gerais, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 84 *usque* 85, da lavra do preclaro Magistrado Dr. Fábio Roberto Caruso de Carvalho, que levou em conta

> ... considerando a maneira pela qual é efetuada a leitura, pelo próprio consumidor, a inexistência de prova circunstancial quanto ao desvio da energia fornecida para outro local ou mesmo de defeito no aparelho de medição (fl. 85).

Irresignado, apela o autor João Sílvio (fls. 90/93), aos seguintes argumentos: a) que, "... se o ônus da prova foi invertido, se a ré utiliza os consumidores, parte mais fraca, para anotar e indicar o consumo, e ainda não comprova nenhuma ligação clandestina, e se do exame das contas acostadas não há dúvida de que ocorre enorme contradição no montante do consumo apurado, por certo que o pedido haveria de ser julgado procedente" (fl. 92); b) que, "... não obstante a prova testemunhal colhida, ela por certo não foi suficiente para retirar da ré a obrigação de comprovar o consumo do autor indicado pelas elevadas contas acostadas na inicial..." (fl. 92).

Almeja o provimento do apelo, para ser tornada ineficaz a r. sentença.

Há contra-razões (fls. 96/98).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer do experiente Procurador de Justiça, Dr. Márcio Heli de Andrade, entende desnecessária a intervenção do *Parquet* no feito (fls. 107/110).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Questiona-se nestes autos o acerto das contas apresentadas pela concessionária (ora apelada), sendo que o autor não concorda com a cobrança do débito, indicando em juízo os elementos fáticos pelos quais dela discorda, notadamente as faturas mensais já pagas e demonstrativas do aumento no consumo, bem como a alegação de inexistência de qualquer fraude.

Realmente, não cabe ao consumidor demonstrar, em princípio, que não houve aumento de consumo, e sim, ao fornecedor, que deve provar, de modo indubitável, a existência do defeito no medidor de energia ou ausência, nele, de leitura regular.

É a *inversão do ônus da prova* preconizada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que não foi revogado pela Lei das Concessões (como nem poderia ser), pois tratam de matérias distintas, impondo-se ao fornecedor do produto ou serviço a demonstração *salienter tantum* da responsabilidade do consumidor, máxime tratando-se de parte hipersuficiente, como é, no caso, a Cemig, em relação à parte hipossuficiente, que é o apelante.

Entretanto, *in haec specie*, *o próprio apelante* declarou, em seu depoimento pessoal, que "... quem faz a leitura do relógio de luz é o próprio depoente ou sua esposa..."; "... que os funcionários da Cemig não costumam ir até o local para confirmação da leitura, e estiveram lá apenas para instalação do relógio" (fl. 86).

Em suma, no caso dos autos, não há como dar-se receptividade ao apelo, eis que foi o próprio autor quem assumiu, em seu depoimento pessoal, a responsabilidade pela leitura do relógio de medição de consumo. Se confessa ser ele próprio, ou sua esposa, quem faz a leitura do relógio e repassa as informações à Cemig, nada há nos autos a dar supedâneo à sua pretensão, *permissa venia*.

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

DANO MORAL - IMPRENSA - INFORMATIVO MUNICIPAL - DIVULGAÇÃO DE DÍVIDAS DEIXADAS PELO PREFEITO ANTERIOR - NOTÍCIA EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE FÁTICA - INTERESSE PÚBLICO NA INFORMAÇÃO - AUSÊNCIA DE INJÚRIA, DIFAMAÇÃO OU CALÚNIA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

- Na esteira da exegese dos arts. 1º e 49, incisos I, II e § 1º, da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), a responsabilidade civil do suposto ofensor somente exsurge quando a matéria for propagada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

- Não há abuso na veiculação da notícia, quando o fato divulgado for verídico e estiver presente o interesse público na informação, caso em que, por consectário, inexiste o dever de indenizar, ainda que o noticiário seja capaz de trazer repercussão negativa no âmbito da vida social de alguém.

- Pautando os políticos em afirmações que se harmonizam com a realidade fática, acerca da administração anterior, inexiste ilegalidade em suas ações. Ao contrário, agem no exercício regular de direito, em prol do interesse público e da comunidade, a quem assiste o direito de conhecer amplamente a realidade fática dos cofres públicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 351.531-9/00 - Comarca de Rio Preto - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Ação de indenização - Danos morais - Imprensa - Publicação de periódico - Prova - Improcedência do pedido. - 1 - Na esteira da exegese dos artigos 1º e 49 da Lei de Imprensa, a responsabilidade civil do suposto ofensor somente exsurge quando a matéria for propagada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. Outrossim, não há falar em abuso na veiculação da notícia, quando o fato divulgado for verídico e estiver presente o interesse público na informação, caso em que, por consectário, inexiste o dever de indenizar, ainda que o noticiário seja capaz de trazer repercussão negativa no âmbito da vida social de alguém. - 2 - Pautando os políticos em afirmações que se harmonizam com a realidade fática, acerca da administração anterior, inexiste ilegalidade em suas ações. Ao contrário, agem no exercício regular de direito, em prol do interesse público e da comunidade, a quem assiste o direito de conhecer amplamente a realidade fática dos cofres públicos.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Com arrimo na motivação extravasada às fls. 617/625, a Juíza de Direito da Comarca de Rio Preto julgou procedente a pretensão deduzida na inicial da presente ação ordinária ajuizada por Vicente de Paula Vieira contra o Município de Santa Rita de Jacutinga e Francisco Raimundo de Oliveira, a fim de condenar os requeridos ao pagamento da importância equivalente a R$10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso, *ex vi* do artigo 962 do CC de 1916 e das Súmulas 43 e 54 do STJ.

Para tanto, perfilhou o Magistrado o entendimento de que:

> restou evidenciado o excesso por parte do ofensor, decorrente de publicação de texto que denegriu a imagem do autor, acusando-o, por via transversa, de mau pagador e de caloteiro,

razão pela qual, a seu ver, imperioso o dever de indenizar por parte dos suplicados.

Irresignado, recorre o Município de Santa Rita de Jacutinga (fls. 630/639), sustentando que inexistiu o *animus* de injuriar, mas tão-somente de divulgar o estado das contas públicas e das causas do desequilíbrio causado pelas dividas deixadas pelo autor-apelado, sendo que as questões de fato alegadas foram, sem exceção, comprovadas durante o processo.

Defende que a liberdade de crítica deve, em especial, no campo da política, ser protegida, inclusive para que o homem público se veja obrigado a responder por seus atos perante a opinião pública.

Contra-razões às fls. 644/651.

É o relato.

Conheço da remessa oficial e do apelo voluntário, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

À míngua de preliminares, adentro o *meritum causae*, e o faço para reformar a sentença.

Vicente de Paula Vieira ajuizou a presente ação contra o Município de Santa Rita de Jacutinga e o Sr. Francisco Raimundo de Oliveira, argumentando que a matéria jornalística, difundida pelos requeridos, atingiu a respectiva honra e decoro, inclusive acarretando prejuízos à sua carreira política, donde almeja o autor ver-se ressarcido pelos danos morais que reputa ter sofrido.

Mostram os autos que o réu Francisco Raimundo de Oliveira, na qualidade de *Prefeito* de Santa Rita de Jacutinga, veiculou, no Boletim Informativo da Prefeitura Municipal, a matéria jornalística intitulada de "Herança do Passado", afirmando que o seu antecessor Vicente de Paula Vieira, à época de sua gestão (1997/2000), *praticou 'calotes'*, ao deixar de honrar vários compromissos financeiros para com a Cemig, Telemar, o posto de gasolina e perante o próprio Estado.

Efetivamente, do periódico hostilizado, acostado à fl. 04, extraem-se as seguintes alegações, resumidamente:

- que a Administração Municipal, relativa ao mandato do autor, executou obras com dinheiro dos servidores municipais, ficando para com estes inadimplente em 03 (três) meses de salário e 2 (dois) décimos-terceiros;

- que o Governo do autor (ex-Prefeito do PSDB) contraiu um débito de R$90.000,00 (noventa mil reais) no posto de gasolina da cidade;

- que o ex-Chefe do Executivo Municipal deixou de pagar à Cemig a quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais) pela iluminação feita no lago da localidade, em sua gestão;

- que também não foram quitadas as contas telefônicas, em face da Telemar, totalizando uma dívida de R$17.000,00 (dezessete mil reais);

- que, em prestações de contas junto à SEAM, em Belo Horizonte, consta que o calçamento do Bairro Anísio Cunha estaria todo calçado; não obstante, as fotos ali apresentadas são da Rua Dona Consuelo no Bairro da Cachoeira.

Ocorre que, adversamente ao entendimento esposado pelo Julgador singular, após sopesar os elementos dos autos, não vislumbrei embasamento, quer fático, quer jurídico, capaz de ensejar a obrigação dos requeridos a indenizar, senão vejamos.

É bem verdade que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos IX e XIV, erigiu, como direito individual e coletivo, a liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença, assegurando a todos o direito à mais ampla informação.

Não menos certo que a grandiosidade do direito à livre manifestação do pensamento, através dos meios de comunicação, não se confunde com irresponsabilidade, sendo imperioso o comprometimento com a informação séria, delimitada pela veracidade, ou seja, com vistas a levar a conhecimento da coletividade uma narrativa fiel e condizente com a realidade fática.

Nessa toada, a Lei de Imprensa coíbe abusos perpetrados no exercício do direito de manifestação do pensamento e da informação, valendo conferir, especialmente, a dicção do artigo 1º, *caput*, e artigo 49, incisos I e II, § 1º, *verbis:*

> Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.
>
> Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:
>
> I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18, e de calúnia, difamação ou injúrias;
>
> II - os danos materiais, nos demais casos.
>
> § 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

Pois bem.

Dos preceitos legais supratranscritos, depreende-se que a responsabilidade civil do suposto ofensor somente exsurge quando a matéria for propagada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. Outrossim, não há falar em abuso na veiculação da notícia, quando o fato divulgado for verídico e estiver presente o interesse público na informação, caso em que, por consectário, inexiste o dever de indenizar, ainda que o noticiário seja capaz de trazer repercussão negativa no âmbito da vida social de alguém.

No caso em julgamento, os fatos narrados na matéria jornalística não se afiguram tão distanciados assim da realidade, como prega o autor.

Ao contrário, os documentos acostados aos autos demonstram a mora no pagamento das verbas devidas aos servidores municipais (fls. 36/327), a existência de dívida relativa ao fornecimento de combustíveis na gestão do autor (fls. 329/358), débito contraído perante a Cemig (fls. 360/361) e em face da Telemar (fls. 363/426).

Aliás, pouco importa haja ou não precisão matemática nos valores dos débitos elencados no periódico impugnado, sendo certo que os documentos trazidos com a peça defensiva demonstram proximidade das importâncias registradas no Boletim Informativo da Prefeitura.

No que tange à questão de prestação de contas junto a SEAM, consta que o autor acabou confessando, na ação cautelar de produção antecipada de provas, manejada em seu desfavor, que "*no calçamento da rua Anísio Cunha (Bairro Branco) houve realmente um desvio de finalidade da verba*" (*vide* fl. 615 e fl. 645).

Outra circunstância, merecedora de registro, é que a matéria veiculada apresenta, antes de tudo, o intuito de informar aos cidadãos a situação econômica do Município, bem como justificar a impossibilidade de o Governo adotar determinadas medidas, justamente por carência de recursos financeiros. Igualmente objetivou o atacado noticiário rebater as críticas impingidas pela oposição (Bancada PSDB/PL).

Vários trechos da mencionada reportagem, a propósito, confirmam a assertiva supra, tais como, *verbis*:

> Sem querer denegrir a imagem de quem quer que seja, nos sentimos no dever de informar ao povo que a nossa administração prioriza os servidores e somente realiza obras quando as finanças públicas as permitem. Recentemente formos criticados em um boletim da Bancada do PSDB e PL que quer obras. (...)
>
> No mesmo boletim a mesma bancada do PSDB e PL critica os cortes nas despesas com o consumo de combustível na saúde. (...)
>
> Outro ponto que o povo deve saber é que o lago ficou muito bonito, no entanto, (...).
>
> O nosso objetivo era apenas de informar ao povo das nossas realizações, sem mencionar os erros do passado, no entanto a Bancada do PSDB e PL quis denegrir a nossa administração, por isso, fomos obrigados a relatar alguns fatos desagradáveis da administração passada. Muita coisa ainda existe para ser relatado, mas nós somente iremos fazê-lo em hora oportuna.

Quanto à expressão "calote", foi ela utilizada no noticiário em questão na acepção da palavra, ou seja, referindo-se a débitos inadimplidos na gestão anterior. Nesse particular, lembre-se que "calote", segundo conceito extraído do Dicionário Aurélio , significa justamente "*dívida não paga, e/ou contraída sem intenção do pagamento*".

Some-se a isso o fato de que o periódico não estava atacando direta e simplesmente a pessoa física do autor, mas, repiso, referiu-se a matéria à Administração Municipal, que, a par de ter como Prefeito o requerente, obviamente era integrada por diversas outras pessoas.

De mais a mais, a meu aviso, a atitude dos requeridos é natural no meio político, onde efetivamente os partidários trazem, freqüente e usualmente, ao conhecimento da comunidade os atos de seus opositores, objetivando defender seus ideais, bem assim fortalecer os partidos que integram e angariar confiança dos eleitores, etc.

Albergando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no INQ 503, orientando no sentido de se conferir especial tolerância às discussões políticas, senão vejamos:

> ... As discussões políticas, particularmente as que se travam no calor de campanhas eleitorais renhidas, são inseparáveis da necessidade de emissão de juízos, necessariamente subjetivos, sobre qualidades e defeitos dos homens públicos nelas diretamente envolvidos, impondo critério de especial tolerância na sua valoração penal, de modo a não tolher a liberdade de crítica, que os deve proteger (INQ 503 QO/RJ, *DJ* de 26.03.93).

No mesmo norte, o seguinte julgado, que colaciono, a título ilustrativo:

> Indenização. Responsabilidade civil. Dano moral. Lei de Imprensa. Publicações injuriosas. Inocorrência. Político. Manifestações e juízos de valoração nem sempre favoráveis. Crítica dentro do âmbito do tolerável. Recurso não provido.
>
> - Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma (TJSP - 5ª C - Rel. Arco Cesar - *JTJ-LEX*,169/86).

Pautando os políticos em afirmações que se harmonizam com a realidade fática, acerca da Administração anterior, inexiste ilegalidade em suas ações. Ao contrário, agem no exercício regular de direito, em prol do interesse público e da comunidade, a quem assiste o direito de conhecer amplamente a realidade fática dos cofres públicos.

Nesse interim, ausente a figura do ato ilícito praticado pelos réus, não há falar em obrigação de indenizar.

Em face do exposto, em reexame necessário, reformo a sentença e julgo improcedente a pretensão vestibular, ficando prejudicado o apelo voluntário.

Invertem-se os ônus da sucumbência, com observância, entretanto, de que o autor se encontra sob o pálio da justiça gratuita.

Custas recursais, pelo apelado, suspensa a exigibilidade, *ex vi* da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PONTUAÇÃO DE TÍTULOS - DESPROPORÇÃO - DIREITO INDIVIDUAL - INTERESSE PÚBLICO - INEXISTÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANULAÇÃO DO EDITAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- O Ministério Público é parte ativa ilegítima para propor ação civil pública, visando anular edital de concurso público em que se prevê pontuação desproporcionada de títulos, uma vez que o prejuízo relacionado a tal pontuação só pode ser individual, razão pela qual compete ao próprio interessado alegar, e não ao *Parquet*, dada a inexistência de interesse coletivo.

- V.v.: - Tratando-se de apontamento de irregularidade em edital, a questão se torna *erga omnes* e, por isso, de direito público, ficando em segundo plano o interesse de qualquer candidato, devendo-se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo de ação civil pública para anulação do edital que traz previsão de pontuação de títulos desproporcional. (*Des. José Domingues Ferreira Esteves*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.210-2/00 - Comarca de Ibiraci - Relator para o acórdão: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial: Concurso público - Pontuação de títulos - Direito individual do interessado - Voto vencido. - Admitida que é a prova de título, a pontuação desproporcionada não afeta a coletividade de candidatos, mas a um ou outro que por ela for prejudicada, razão pela qual não caracteriza interesse coletivo em sentido de interesse público que justifique a intromissão do Ministério Público para anular o respectivo edital. As normas de licitação e concorrência pública não se aplicam aos concursos públicos administrativos.

- V.v.: - O Ministério Público é parte legítima para pleitear anulação de edital de concurso que traz previsão de pontuação de títulos desproporcional.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM JULGAR PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Ernane Fidélis* - Relator para o acórdão. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Ibiraci, por via da qual se pretende anular o Edital do Concurso nº 01/02, realizado pelo Município-apelante, para provimento de cargos vagos de médico, dentista, enfermeiro padrão, agente de saúde comunitário, auxiliar de biblioteca, encarregados de compras, agente sanitário e motorista de veículos pesados.

Na análise dos argumentos argüidos pelo *Parquet*, concluiu o MM. Juiz sentenciante pela nulidade do referido edital, pela afronta aos princípios: I - da publicidade, tendo em vista o exíguo prazo entre a publicação do edital e a realização das provas e a ausência de publicação em jornais de grande circulação; II - da isonomia e da proporcionalidade, porquanto o edital está a exigir habilitação que não se mostra essencial para o desenvolvimento das funções do cargo de encarregado de compras; III - da impessoalidade, na medida em que o item 7 do mencionado instrumento impõe favoritismo e discriminação impertinentes, em favor do candidato que possua tempo de efetivo serviço ao Município-apelante, no cargo para o qual se inscreveu, permitindo ao candidato auferir até quinze pontos de um total de 20 pontos reservados para a apresentação de títulos; IV - da moralidade, haja vista retirar da Comissão Examinadora do Concurso sua autonomia e independência, ao prever a submissão de suas decisões ao Prefeito Municipal.

Inconformado com a r. sentença, interpõe o Município recurso de apelação rogando pela sua reforma *in totum*, requerendo, em preliminar: a) a apreciação do agravo retido (fls. 37/53), bem como do Agravo de Instrumento nº 286.512-9, também transformado em agravo retido; b) a extinção da ação, em decorrência da ilegitimidade passiva do Ministério Público; e no mérito, a legalidade do instrumento convocatório, rogando, pois, pelo provimento do apelo.

Apresentadas as contra-razões às fls. 243/247, subiram os autos para o reexame da matéria.

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 252/262.

Conheço da remessa e do recurso voluntário, este porque interposto a seu tempo e modo.

Cuida-se de recurso voluntário interposto pelo Município de Ibiraci, em face da r. sentença de fls. 219/226, da lavra do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ibiraci, que julgou procedentes os pedidos aduzidos na ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais, para declarar a nulidade do Edital de Concurso Público nº 01/02, em decorrência da violação dos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, isonomia, moralidade e proporcionalidade dos atos administrativos.

Para tanto, às fls. 229/240, aduz o apelante, em preliminar, a apreciação do agravo retido e do Agravo de Instrumento nº 286.512-9 e a ilegitimidade passiva do Ministério Público para questionar a nulidade do edital e, no mérito, sustenta a desconstituição da decisão monocrática, ao argumento de que os itens do edital impugnados não se afiguram ilegais, eis que não ofensivos aos princípios que regem a Administração Pública.

Os agravos retidos interpostos pelo Município apelante requerem tão-somente a reforma da liminar que declarou a suspensão da realização das provas marcadas para o dia 09.06.02. Entretanto, com a prolação da sentença sob crivo que deu pela nulidade de todo o instrumento convocatório, restou prejudicada a análise destes recursos, uma vez que os fundamentos dos agravos se confundem com os fundamentos da própria apelação agora interposta. Assim, deixo de analisar os agravos interpostos contra o indeferimento da liminar e passo ao exame dos argumentos esposados no recurso voluntário.

Ab initio, afasto a preliminar, argüida pelo apelante, de ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público para figurar no pólo passivo da presente demanda, porquanto me filio ao mesmo entendimento do MM. Sentenciante, de que:

não há dúvidas de que o concurso público, como forma de ingresso na Administração, vai muito além do interesse individual desse ou daquele candidato, sendo notório que atinge uma gama enorme de cidadãos interessados em participar do certame. Eis o interesse difuso em questão (fl. 218).

No julgamento da Apelação Cível nº 314.091-0, da Comarca de Belo Horizonte, embora vencido, proferi o seguinte voto:

> Por óbvio, há-se de examinar a natureza do objeto da ação, que, no caso *sub examine*, estou que se deva ser considerada como própria de direitos difusos ou coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8.078), como assentado pelo STJ.
>
> Em se tratando de questionamento sobre ilegalidades em realização de concurso público, tenho que devam ser distinguidos dois momentos para aferição sobre a natureza dos interesses em jogo: o do edital e o do resultado do concurso.
>
> Na contrariedade ao resultado do concurso não pode ser aviada através de ação civil pública, muito menos pelo Ministério Público, pois, nesse ponto, trata-se de direitos individuais homogêneos, identificáveis, que, por isso, devem ser objeto de postulação em nome de quem entende ter sido prejudicado. Mas, com relação ao edital, aí sim, trata-se de direitos difusos ou coletivos, exatamente porque não se pode individualizar possível candidato que, na verdade, ainda nem existe, dirigindo-se o 'chamamento' a toda coletividade, e não a determinada pessoa. Nesse caso, há interesses coletivos, e ainda por se referir a interesse público, exatamente por se tratar de ato administrativo, há que ser reconhecida a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo do processo. E, como a hipótese dos autos se refere a questionamentos sobre a validade, não de resultado de concurso, mas de edital, rejeito a preliminar *data venia*.

No caso especifico dos autos, o Ministério Público não faz defesa de qualquer candidato, faz a defesa da legalidade de um ato administrativo, que é o edital. E, em se tratando de apontamento de irregularidade em edital, principalmente no tocante à violação ao princípio da publicidade, a questão se torna *erga omnes* e, por isso, de direito público, ficando em segundo plano o interesse de qualquer candidato.

Assim, ainda não convencido dos argumentos contrários, mantenho meu entendimento pela legitimidade do Representante do Ministério Público de figurar no pólo ativo de ação civil pública que visa à nulidade do edital, por descumprimento dos princípios administrativos de observância obrigatória impostos pela *Lex Mater*, afastando, assim, a preliminar argüida pelo apelante.

Entretanto, analisando os autos, vejo que assiste razão ao apelante quando alega que o edital impugnado não desrespeitou o princípio constitucional da publicidade, porquanto cumpriu todas as disposições contidas na sua legislação municipal, senão vejamos:

Consoante brilhante entendimento esposado pelo d. Magistrado inaugural, o concurso regulado pelo edital impugnado não trata de modalidade de licitação, disciplinada na Lei nº 8.666/93, mas, sim, aquele que visa ao provimento de cargos públicos, e, sendo assim, a legislação que o regula, de que trata o art. 37, inc. II, da CF/88, é a lei de cada ente federativo.

Assim, *in casu*, o edital objeto da presente ação popular deverá estar de acordo com a Lei Municipal nº 892/92 e a LC nº 05/92.

Feitas tais considerações, verifico que a mencionada lei municipal, em seu art. 6º, prevê um prazo *máximo* de 20 dias antes da realização das provas para que a Administração publique o edital.

Deste modo, constato que o edital impugnado não violou o princípio da publicidade, porquanto o prazo transcorrido entre a publicação do edital e a data para marcação das provas foi de 17 (dezessete) dias, ou seja, dentro do prazo previsto na lei de regência.

Diante disso, não tenho como comungar com o entendimento do MM. Juiz Sentenciante de que, para se atender ao princípio da ampla publicidade, o prazo para a publicação do edital deveria ser de no *mínimo* 20 dias, e não máximo, conforme estipula a referida lei municipal, porquanto tal declaração não poderia ser feita em sede de ação civil pública, mas sim em ação direta de inconstitucionalidade, que seria a via própria para sua argüição.

Neste mesmo sentido, merece reforma a parte da sentença que declara a nulidade do mencionado edital de concurso, por violar o art. 16 da LC nº 05/92, por considerar que a publicação deste instrumento se deu nos jornais *Diário Oficial do Estado* e *Folha da Manhã*, que não têm grande circulação no Município de Ibiraci, porquanto não há nos autos qualquer prova de que afaste esta presunção, até porque tal questionamento não foi levantado pelo i. Representante do Ministério Público.

Com relação à tese do Ministério Público, acolhida pelo MM. Juiz monocrático, de que o item 3, *f*, do Edital 01/02, viola o princípio da isonomia, na medida em que a exigência de habilitação para dirigir veículos e motocicletas não se mostra essencial para o provimento do cargo de encarregado de compras, trata-se na verdade de presunção valorativa, que, no meu entender, não merece qualquer respaldo, porquanto, consoante se extrai das razões de recurso, apresentadas pelo apelante, o servidor público ocupante do cargo de encarregado de compras tem como funções a compra, conferência e transportes das mercadorias compradas até o almoxarifado central, sendo, portanto, imprescindível a habilitação exigida.

Além do mais, a organização interna do quadro de pessoal, bem como a função a ser exercida pelos servidores municipais fazem parte da competência privativa do município, não cabendo ao Poder Judiciário argüir sobre sua conveniência e oportunidade, sob pena de violar o princípio da autonomia administrativa dos municípios, garantido pela Constituição de 1988.

Entretanto, no tocante à valoração dos títulos previstos no item 7.1 do instrumento convocatório, entendo que este transgrediu o direito à igualdade, tal qual disposto na CF/88, porquanto beneficia candidatos que estavam, por circunstância pessoal, ocupando cargos no Poder Público municipal, não conferindo a outros empregados da iniciativa privada e mesmo de outros níveis da Administração a mesma pontuação como título.

Reza o referido item do edital:

> 7.1. (...) A prova de títulos terá caráter classificatório e será valorizada em até 20 (vinte) pontos, distribuídos conforme discriminado abaixo:
>
> Título: Servidor Público Municipal
>
> Especialidades: Tempo de efetivo serviço prestado à Prefeitura Municipal de Ibiraci no cargo para o qual se inscreveu, devendo estar em exercício do cargo na data da inscrição, conforme parágrafo único do Artigo 17 da Lei Complementar nº 05, de 08.05.92. (...)
>
> Critérios: 0,5 (meio) ponto por mês e fração superior a 15 (quinze) dias, perfazendo no máximo um total de 15 pontos.

Neste compasso, não se me afigura mesmo razoável a manutenção deste item do edital, de vez que configura inequívoca condição desproporcional e sem qualquer traço de adequabilidade ao cargo público que se busca prover, incorrendo, ademais disto, em inafastável transgressão ao princípio da isonomia e, igualmente, da impessoalidade, a que está a Administração Pública adstrita (CF, art. 37).

Com efeito, o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal está em plena sintonia com a decisão recorrida.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 221.966-DF, sendo Relator o eminente Ministro Marco Aurélio Melo, considerou-se que ofende o princípio da isonomia a pontuação, no edital do concurso, de 12 pontos, para aqueles candidatos que tenham exercido cargo técnico jurídico em órgãos da administração pública, sem que se adotasse a mesma pontuação para o exercício profissional no cargo técnico jurídico na iniciativa privada, conforme noticiado no Informativo nº 144 do Boletim do STF.

Neste mesmo sentido é o entendimento deste eg. Tribunal. Confira-se:

> Concurso público - Título - Tempo de serviço público. - Viola os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade a norma inserida em edital de concurso público que considera como título apenas o tempo de serviço público municipal em detrimento da experiência profissional adquiridos nos demais setores públicos e no setor privado (TJMG - AC 126.490/2 - Comarca de Campestre, 1ª CC, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, *DJU* de 06.10.98).

Logo, há, a meu sentir, que se anular o item 7.1 do Edital nº 01/2002, supracitado, de iniciativa do Município-apelante, porquanto impõe restrições aos candidatos que se mostram incompatíveis com a sistemática constitucional referente à forma de provimento aos cargos públicos, por meio de concurso de provas e títulos, sobretudo, em face da igualdade de tratamento que deverá a Administração garantir aos candidatos.

Com relação à nulidade dos itens 12.2 e 12.3, por violação aos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, creio que a sentença primária, nesta parte, deve ser mantida pelos seus próprios e seguros fundamentos. Senão vejamos.

O item 12.2 do edital impugnado prevê que não será admitido o ex-funcionário da Prefeitura Municipal que tenha sido demitido por justa causa.

Entretanto, conforme afirma o próprio apelante à fl. 238, a penalidade de proibição ao provimento de novo cargo público somente se aplica aos casos

em que o servidor público praticar as penalidades previstas no art. 182, incs. VI, VIII e IX, da Lei Orgânica Municipal, e não por qualquer servidor que tenha sido demitido por justa causa, como prevê genericamente o item 12.2 do edital municipal. Até porque algumas demissões podem ainda estar sendo impugnadas judicialmente, somente gerando efeitos após o trânsito em julgado da sentença, exceção esta que também não está prevista no mencionado item.

Também não vejo como não reconhecer a ilegalidade do item 12.3, que prevê que as decisões da Câmara Examinadora do Concurso sejam submetidas ao crivo do Prefeito Municipal, nos casos de omissão da Lei 892/92 e do edital.

Neste ponto, impende evidenciar que a mencionada lei é composta por somente 17 (dezessete) artigos, sendo, deste modo, impossível a regulamentação de toda a matéria atinente a concursos públicos.

Assim, patente a ilegalidade deste item, porquanto inúmeras dúvidas poderão surgir ao longo do certame, que, por não estarem previstas na Lei nº 892/92, poderão ser resolvidas pelo Prefeito Municipal sem qualquer respaldo legal, na medida em que não estariam expressamente previstas no edital nem na legislação de regência.

Até porque não se pode admitir que uma decisão colegiada - Câmara Examinadora - possa ser modificada por uma decisão unipessoal - Prefeito Municipal - , sob pena de violação ao devido processo legal, na medida em que aquela deve ser a última instância da via administrativa, só podendo ser reformada pela via judicial.

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença para validar o Edital de Concurso Público 01/02, declarando, porém, nulos os itens 7.1, na parte que concede pontuação extra para servidores públicos municipais, 12.2 e 12.3, pelas razões aqui expendidas, julgando prejudicados o agravo retido e o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Emane Fidélis - Sr. Presidente. Com a vênia máxima devida, o digno Representante do Ministério Público cita como norte das regras concursais normas de licitação em concorrência pública, o que, evidentemente, não se adapta à hipótese.

Trata-se de ação civil pública sem demonstração de qualquer interesse coletivo, pois, se houver algum prejuízo relacionado com pontuação de títulos, o prejuízo só pode ser individual, razão pela qual compete ao próprio interessado alegar, e não ao Ministério Público, em razão da falta de interesse em forma de coletividade.

Assim, pedindo vênia ao em. Relator, julgo prejudicado o agravo retido e confirmo a decisão.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Sr. Presidente. Julgo prejudicado o agravo retido. Quanto ao mérito, peço vista dos autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO VOGAL, APÓS VOTAREM RELATOR E REVISOR; O PRIMEIRO REFORMANDO PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, E O SEGUNDO CONFIRMANDO A DECISÃO. JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Célio César Páduani) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.09.2003, a pedido do Vogal, após votarem Relator e Revisor, o primeiro, reformando parcialmente a sentença, prejudicado o recurso voluntário, e o segundo, confirmando a decisão. Julgaram prejudicado o agravo retido.

Com a palavra o Des. Nepomuceno Silva.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Peço vênia para acompanhar o entendimento do douto Revisor.

Muito embora o argumento expendido no seu voto dizer apenas sobre um dos pontos suscitados pelo Ministério Público como causa de nulidade do edital, qual seja, a adoção prévia de pontos a candidatos que preencham determinados requisitos no momento da inscrição, o mesmo argumento aproveita aos demais pontos suscitados pelo autor.

É que todas as eventuais nódoas que a inicial arrola como fator de imprestabilidade do edital deságuam necessariamente - segundo a *ratio* da postulação - em prejuízo para alguns e vantagens para outros, dentre os possíveis concorrentes ao certame. Ora, todo prejuízo dessa situação decorrente afetaria *individualmente* o candidato desvalido pelas regras editalícias ditas viciadas. Isso afasta completamente a legitimidade ministerial ativa para pugnar a nulidade do edital.

Isso, quero crer, coloca a pá de cal sobre a questão. De resto, a elasticidade da competência do Ministério Público para a postulação adrede das regras do concurso levaria, *data venia*, à institucionalização de um estado de tutela de toda a sociedade, esta prévia e necessariamente encarada como uma comunidade de incapazes ou hipossuficientes, da qual o agente ministerial se faria de curador.

Com estas considerações, acompanho o ilustrado Revisor.

É como voto.

Súmula - JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O RELATOR.

UNIÃO ESTÁVEL - SOCIEDADE DE FATO - CONCUBINATO IMPURO - CONVIVENTES VINCULADOS A CASAMENTO ANTERIOR - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA - DESPACHO ORDINATÓRIO SEM CONSEQÜÊNCIA JURISDICIONAL - AGRAVO - NÃO-CABIMENTO

- Do despacho que determina a manutenção de peça de impugnação à contestação nos autos apenas para a preservação da memória do processo não cabe agravo, por se tratar de mero despacho ordinário, sem conseqüência jurisdicional, dada a ausência de qualquer lesividade, porquanto a permanência ou não daquelas razões no processo em nada influi para o deslinde da causa.

- O reconhecimento da união estável de conviventes, que não se desvincularam de seus casamentos anteriores, é uma afronta a princípios basilares do direito de família ainda vigentes na ordem jurídica nacional, pois esse reconhecimento implicaria aceitação da bigamia e a prevalência da entidade familiar informal sobre o instituto do casamento civil.

- Para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento.

- V.v.p.: - Comprovada a convivência duradoura, há de ser reconhecida a união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, caracterizado por estarem ambos os conviventes, ou um deles, vinculados a casamento civil anterior. (*Des.ª Maria Elza*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 352.744-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Concubinato - União estável - Sociedade de fato - Dissolução - Hipótese que não permite a aplicação da presunção do art. 5º da Lei 9.278/96 - Companheiro vinculado ainda a casamento civil anterior - Apelação provida, reformando-se a sentença e julgando improcedente a pretensão.

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, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO A APELAÇÃO, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de apelação, objetivando, preliminarmente, o conhecimento e provimento de agravo de instrumento manifestado pelos ora recorrentes às fls. 160-161/TJ, e, no mérito, o acolhimento do apelo, reformando-se a r. sentença de grau inferior, proferida em ação declaratória de existência de relação jurídica, aforada pela apelada contra os apelantes e que afirmou a existência de união estável, entre aquela e o falecido J.C.

Sustentam os recorrentes, em apertada síntese, achar-se equivocada a conclusão sentencial, que deixou de considerar a existência de impedimento legal à caracterização da união estável juridicamente reconhecida pela Constituição Federal ao relacionamento descrito nos autos, dado o estado civil de casado do falecido, que assim o manteve até a morte

e, mesmo que se pudesse aceitar entendimento mais liberal de parte da doutrina e da jurisprudência, admitindo o concubinato impuro e adulterino como união estável, a hipótese dos autos não o autorizaria, pela circunstância de que não houve rompimento de fato do vínculo matrimonial entre o *de cujus* e a primeira recorrente (sua esposa, D.), uma vez que um melhor exame da prova se impõe.

Apresentam suas razões e pedem provimento.

Em artigos de contrariedade, a recorrida defende o acerto da decisão hostilizada, pugnando por sua confirmação.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo desprovimento do recurso.

Do essencial, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço da apelação, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Examino, em preliminar, o agravo retido, manifestado pelos recorrentes às fls. 160-161/TJ, contra o despacho que, mesmo reconhecendo a intempestividade na juntada da peça de impugnação à contestação, pela autora-apelada, deixou de determinar o seu desentranhamento dos autos.

A irresignação dos agravantes se alicerça fundamentalmente no argumento de que os prazos processuais devem ser rigorosamente observados, sob pena de frustrar-se o princípio da isonomia entre os litigantes.

Razão não lhes assiste, no entanto.

Não se pode considerar como ato decisório agravável a determinação de manutenção daquela peça nos autos, apenas para preservação da memória do processo, dada a ausência de qualquer lesividade, porquanto a permanência ou não daquelas razões no processo em nada influi para o deslinde da causa.

Trata-se, assim, de mero despacho ordinatório, sem conseqüência jurisdicional, e, como tal, irrecorrível.

Diante disso, nego provimento ao agravo retido.

Ferindo a apelação, está-se diante de pretensão meramente declaratória que, no entanto, nos termos da própria inicial, objetiva a viabilização e a preservação de outros direitos decorrentes da relação que se pretende ver afirmada: existência de união estável / sociedade de fato.

O caderno probatório evidencia, sem dúvida o relacionamento íntimo, de feição concubinária impura, mantida entre o falecido J. e a apelada M.J., em Juiz de Fora.

Contudo, a própria peça de ingresso noticia que essa convivência se desenvolveu à margem das relações matrimoniais civis de ambos os conviventes, desde que mantiveram eles os vínculos de seus casamentos anteriores.

A tese da autora, ora apelada, acolhida na sentença hostilizada, se direciona no sentido de não constituir óbice ao reconhecimento da entidade familiar, denominada união estável, a circunstância de ser um ou ambos os conviventes vinculados, ainda formalmente, a casamento anterior, já desfeito pela separação de fato.

Trata-se, como explicitado na própria decisão de primeiro grau, de entendimento modernizante sobre a matéria de parte da doutrina e da jurisprudência, ao qual veio de se render o próprio Prolator, deixando posicionamento mais conservador, aqui defendido pelos recorrentes.

Assim, situa-se a controvérsia entre esses dois argumentos: possibilidade ou não de reconhecimento da união estável, sendo um, ou ambos os conviventes, casado.

Em que pese a robusta arquitetura doutrinária dessa crescente corrente, não há como soterrar princípios basilares do direito de família ainda vigentes na ordem jurídica nacional.

Um deles é o do não-reconhecimento da bigamia, de sorte que, a meu sentir, um mesmo indivíduo (e seu patrimônio) não pode vincular-se, simultaneamente, a duas relações familiares, uma decorrente do casamento e outra de entidade familiar informal.

O outro princípio é o de que, por mais que se deseje a proximidade do direito com a realidade social, o instituto do casamento civil, jurídicamente, ainda deve prevalecer sobre a entidade familiar informal.

E a Constituição Federal, assim como as leis que vieram regulamentar os contornos da proteção do Estado à entidade familiar informal e, mais recentemente, o novo Código Civil (arts. 1.723 a 1.727) não chegam a determinar a cessação dos efeitos do casamento civil em favor da entidade familiar informal; pelo contrário, a mira do legislador é a facilitação da conversão dessa relação informal em casamento civil, porque este possui *status* jurídico mais elevado.

Sobre o tema, em casos semelhantes (*v.g.*, Apel. 234.486-9, Apel. 235.098-1, Apel. 211.155-7, dentre outros), tenho-me posicionado com as razões seguintes:

> É que, não tendo o companheiro se desvinculado juridicamente de seu casamento civil anterior, havia impedimento legal para a conversão da sua união com a recorrente em casamento.
>
> De conseguinte, não se está diante da figura de entidade familiar a que se refere o § 3º do art. 226 da CF, nem se fazem aplicáveis as disposições das Leis 8.971/94, que dispõe sobre direitos sucessórios e alimentos, e 9.278/96, acerca do partilhamento, em porções iguais, do patrimônio adquirido durante a convivência.
>
> Trata-se, a toda evidência, do que se convencionou chamar de 'concubinato impuro', em que pode haver ou não - dependendo da prova - sociedade de fato, considerada esta como a comunhão de interesses patrimoniais sobre bens aqüestos, ou seja, os adquiridos pelo esforço participativo de ambos os conviventes, durante o relacionamento.
>
> Tenho que a união estável, caracterizada como entidade familiar capaz de merecer a proteção do Estado, na dicção da norma constitucional, é aquela que, além de duradoura, pública, com *animus* de vida matrimonial, se mostre capaz, ainda, de se converter em casamento.
>
> Dessa orientação não se divorciou o legislador ordinário, ao erigir em requisito para os benefícios da Lei 8.971/94, a circunstância de serem os companheiros pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas (art. 1º e parágrafo único), assim como para os efeitos da Lei 9.278/96, que a união seja 'estabelecida com objetivo de constituição de família', repetindo, por assim dizer, aquilo que, na Constituição, vem expresso como a possibilidade de conversão em casamento.
>
> De conseguinte, se um dos companheiros se acha ainda vinculado a um casamento anterior, não se preenche a hipótese legal e, por conseqüência, o direito ao partilhamento dos bens aqüestos não se enquadra na disciplina do art. 5º da Lei 9.278/96. Em tal hipótese, torna-se necessária a prova da participação do convivente postulante na aquisição daqueles bens.
>
> E
>
> O que se discute, na espécie, é o enquadramento do relacionamento entre os demandantes como sendo ou não união estável, *more uxore* e da ocorrência ou não dos reflexos patrimoniais consistentes na formação de patrimônio comum.
>
> Mesmo antes da promulgação da Carta Política de 1988, a jurisprudência já admitia a dissolução de sociedade de fato entre concubinos, com a exigência de demonstração do concurso pessoal na formação de patrimônio comum, com supedâneo no direito das obrigações, rechaçando a idéia de locupletar-se um dos companheiros da participação do outro na consecução de fortuna.
>
> E, aí, por se situar a questão no âmbito das relações obrigacionais, nada impedia - e nem impede - que o companheiro casado forme com outrem sociedade de fato, quer negocial ou não, passível de dissolução e partilha.
>
> O que a nova ordem constitucional veio a estabelecer foi o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar merecedora de proteção do Estado e de facilitação de sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º).
>
> A expressão atinente à possibilidade dessa conversão em casamento é que estabelece o conceito de união estável, como entidade familiar, distinguindo-a do que se convencionou chamar de 'concubinato impuro', consistente esta na convivência *more uxore* entre homem e mulher, cuja situação de estado não permita aquela conversão, servindo de exemplo o relacionamento extraconjugal ou adulterino.
>
> E, a título de regulamentação do dispositivo constitucional mencionado, foram editadas as Leis 8.971, de 29.12.94, com relação ao direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e 9.278, de 10.5.96, dispondo sobre outros direitos e obrigações dos conviventes, especialmente quanto à formação de patrimônio comum.
>
> Ambos os diplomas buscam atribuir aos companheiros direitos e deveres próprios das relações de família.
>
> Dessa forma, para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento.
>
> É que, relativamente a alimentos e sucessão, tem-se como requisitos (Lei 8.971/94, art. 1º) tratar-se o devedor ou o *de cujus* de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva e que a convivência tenha sido mais de cinco anos. No tocante aos demais direitos e obrigações resultantes da união estável, nos termos da Lei 9.278/96, os pressupostos são: a convivência duradoura, pública

e continua, estabelecida com o objetivo de constituir família.

A diferença fundamental entre a construção pretoriana acerca da sociedade de fato entre concubinos e a nova disciplina das Leis 8.971/94 e 9.278/96 é que, enquanto mera sociedade de fato, quando não ocorrentes os requisitos da união estável, o companheiro ou companheira, para fazer jus aos direitos patrimoniais, necessita demonstrar sua participação na formação ou acréscimo do mesmo, mensurando-se na partilha a proporção desse concurso; já na hipótese de união estável, com feição de família, a sociedade, em porções iguais sobre os aqüestos (bens adquiridos na constância da convivência) é presumida, tal como na sociedade conjugal legítima, por força do disposto no art. 5º, *caput*, da Lei 9.278/96.

Conforta-me idêntica postura de outros Pares nesta Casa:

> Sociedade de fato. União estável. Descaracterização. - Se o concubino é casado e sempre conviveu com a esposa, jamais se apartando do lar conjugal, e desse casamento o outro tem pleno conhecimento, afasta-se a união estável *intuitu familiae* e a convivência *more uxorio*. Não se considera união estável a mancebia adulterina. Tampouco se cogita de sociedade de fato quando a postulação e a prova não se ocupam da formação de patrimônio comum (2ª Câmara Cível, Apel. Cível 240.381-4, Rel. Des. Lúcio Urbano, j. em 18.12.2001, *DJ* de 01.02.2002).

> Reconhecimento de sociedade de fato - Pedido com fundamento na união estável - Concubino casado - Relação concubinária adulterina - Impossibilidade de conversão em casamento - Inaplicabilidade das disposições da Lei nº 9.278/96 - Pretensão relacionada a direito obrigacional - Competência recursal do TJMG para conhecer do recurso, por se pretender dar efeitos de união estável à sociedade de fato - Previdência social - Pedido improcedente. - Não se pode reconhecer o direito de uma pessoa casada vincular-se com *status* marital à concubina, por via de reconhecimento de união estável, *sob pena de admissão de que alguém possa desfrutar, ao mesmo tempo, de vinculação a duas entidades familiares, em situação equivalente à de bigamia* (grifei, 2ª Câmara Cível, Apel. 252.082-3, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 19.2.2002, *DJ* de 05.04.2002).

> União estável. Companheiro casado. Direito ao recebimento de seguro DPVAT. - O concubinato impuro, assim denominado em razão da existência de vínculo matrimonial de um ou de ambos os 'companheiros', não foi alcançado pela Lei nº 8.971/94, para garantir à companheira direitos aos alimentos e à sucessão. Considerando que o ordenamento jurídico proíbe e tipifica criminalmente o adultério, seria um contra-senso admitir que o relacionamento extraconjugal podesse gerar efeitos legitimados pelo Direito (4ª Câmara Cível, Apel. 179.458-5, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 21.09.2000, *DJ* de 09.11.2000).

A par de tudo isso, no caso dos autos, a prova não assegura a convicção absoluta do rompimento fático do casamento do falecido J. com D. D., no Rio de Janeiro, enquanto mantinha o relacionamento com a apelada, em Juiz de Fora.

A dedicatória no frontispício do livro *A Dieta de Beverly Hills* (colacionado à capa dos autos), lançada em 19.6.84, época em que, segundo a apelada, já convivia com o falecido, foi dirigida com expressão de amor à D. D., corroborando a idéia do duplo relacionamento do mesmo (com a família legítima e com a companheira), relatada pela testemunha Drª. A.M.L. (fls. 210-TJ), seu marido, o juiz aposentado, E.G.L. (fls. 212-TJ), assim como por E.G. (fls. 188-TJ).

Em 1983, ao adquirir imóvel em Juiz de Fora (fls. 178-TJ), o falecido se declara casado com comunhão de bens com D.D., também em época que, segundo a apelada, já com ele convivia.

Em suma, a situação de fato, o concubinato impuro entre a apelada e o falecido J. não teve o efeito de gerar a relação jurídica de união estável, a que a Constituição Federal atribui a entidade familiar capaz de obter proteção estatal, diante do empeço consistente no casamento civil ainda subsistente do falecido J. com sua esposa D.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo retido e provejo a apelação para, reformando a r. sentença de grau inferior, julgar improcedente a pretensão inicial, invertendo os ônus da sucumbência, cuja exigibilidade se suspende nos termos da Lei 1.060/50.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Cuida-se de recurso de apelação interposto por D.M.G. e outros, herdeiros de J.C.G. contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora que, nos autos de uma ação declaratória de união estável proposta por M.J.T., ora parte apelada, em face dos apelantes, julgou procedente o pedido, ao fundamento de que a ocorrência de concubinato impuro não impede o reconhecimento de união estável.

Em razões recursais de fls. 382/392-TJ, os apelantes pedem, em preliminar, o conhecimento e provimento do agravo retido. No mérito, sustentam a existência de impedimento legal à caracterização da união estável, visto que o falecido era casado, não tendo havido rompimento de fato do vínculo matrimonial. Pedem, por tais motivos, seja provido o recurso.

Recurso contra-arrazoado, às fls. 394/397-TJ, sendo pugnado o seu não-provimento.

Parecer do douto Procurador de Justiça Nelson Rosenvald, às fls. 403/407-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir. Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Acompanho o douto Relator no não-conhecimento do agravo retido, mas dele divirjo quanto ao mérito do recurso.

Com efeito, restou provado que a recorrida, casada, mas separada de fato, durante mais de dez anos, manteve com J.C.G., casado, mas separado de fato, vida em comum, que levavam os vizinhos crerem que eles eram casados, em razão de morarem juntos, tendo íntima convivência como se marido e mulher fossem.

A esse respeito, vejam-se as seguintes provas:

a) prova documental de fls. 17/36-TJ, destacando-se: cópia de testamento a favor da apelada, documento de fl. 25-TJ, que demonstra que a apelada foi reconhecida como dependente do J.C.G. no INSS e contas bancárias conjuntas.

b) prova testemunhal de fls. 190, 191 e 192, que comprova a vida em comum do casal. A esse respeito, confira trecho dos depoimentos:

> M.J. e o finado J.C. eram como se casados fossem; que nas assembléias do condomínio os dois estavam sempre juntos, razão pela qual eram tidos perante os demais condôminos do prédio como marido e mulher (H.Z., fl. 190-TJ).

> M.J. e o finado J.C. eram como se fossem marido e mulher, principalmente pelo fato de que a autora tinha o maior cuidado e apreço para com a pessoa do finado J.C., no que se refere a alguma doença; esclarece, também, que os demais condôminos e vizinhos tratavam o casal como marido e mulher (G.V., fl. 191-TJ).

> que M.J. e o Sr. J.C., já falecido, viviam como marido e mulher sob o mesmo teto em perfeita harmonia; que esclarece o depoente que não só para ele, mas perante terceiros M.J. e o finado J.C. eram casados (J.M.C., fl. 192-TJ).

Apesar de a convivência ter durado tanto tempo, não houve reconhecimento de união estável pelo douto Relator, visto que a apelada e o J.C.G. mantinham um concubinato impuro, já que ambos eram casados, o que, segundo ele, impede o reconhecimento de união estável.

Com a devida vênia, não comungo do posicionamento do douto Relator, visto ser possível o reconhecimento de união estável, ainda quando se trate de concubinato impuro.

Nesse sentido, o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Concubinato - Dissolução de sociedadde de fato. Companheiro casado. - Segundo jurisprudência do STJ, é admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado (REsp nº 195.157-ES, Relator Ministro Barros Monteiro).

Para uma melhor compreensão da tese consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, transcrevo trechos do recurso especial supramencionado:

> A tônica que se extrai do acórdão impugnado é que, em se tratando de um concubinato adulterino, não agasalhado pela lei, não há falar-se em sociedade de fato, nem tampouco em partilha de bens. Não tem sido esta a orientação imprimida por esta Corte a respeito do tema (...) tenho nessas condições que a decisão objurgada, ao recusar a caracterização da união estável no caso ofendeu o art. 1º da citada Lei nº 9.278, de 1996 (voto do Relator, Ministro Barros Monteiro).

> O v. acórdão recorrido examinou e reproduziu a prova testemunhal, que comprova a existência de um relacionamento entre a autora e o réu de 1979 até 1992, durante o qual o vizindário tinha o casal como se casados fossem. Penso que assim está suficientemente demonstrada a existência de uma união entre os dois, que teve a estabilidade de mais de dez anos.

> É certo que duas circunstâncias conspiram contra o pedido: o réu era casado com outra mulher, de quem somente se separou judicialmente em 1990, e manteve coabitação também com a esposa.

> Esses aspectos enfraquecem a pretensão da autora quanto à alegada contribuição para a formação do patrimônio, mas não desfazem a idéia de que houve uma união entre as partes e de que essa relação era estável, prolongando-se por muito tempo.

> O v. acórdão recorrido, cuidadoso no exame da prova e do Direito, deu ênfase ao aspecto de o parceiro ser casado com outra mulher, entendendo

que o 'tolerado em sede legal e protegido pela norma constitucional é o concubinato puro, ou seja, aquele que não é adulterino ou incestuoso'. Porém, como notou o eminente Ministro Barros Monteiro, em seu douto voto, essa não é a orientação das Turmas deste Tribunal. (REsps nº 45.537-PR, nº 47.103-SP e nº 13.875-PR).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Acompanho o Relator, *data venia*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, VENCIDA A REVISORA.

-:::-

ICMS - IMPORTAÇÃO INDIRETA - CARACTERIZAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 1º, ITEM 1, *I*, 1.2, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE Nº 02/93 - DESTINATÁRIO FINAL - CONTRIBUINTE

- Configurada a hipótese de importação indireta, o ICMS incidente sobre a circulação de bens importados do exterior deve ser recolhido em favor do Estado onde estiver situado o real destinatário ou destinatário final da mercadoria, pois este, no elo de transmissões, se apresenta como o estabelecimento mais próximo do consumidor, configurando, destarte, a chamada circulação econômica, ainda que na documentação fiscal conste outro estabelecimento da mesma empresa como destinatário.

- Haverá tipicidade tributária sempre que um estabelecimento importar um bem, direta ou indiretamente, sendo também contribuinte do ICMS aquele que realiza importação indireta, nos termos do art. 33, § 1º, item 1, *i*, 1.1. e 1.2., da Lei 6.763/75 e consoante as disposições contidas na Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 341.829-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Tributário - Ação anulatória de débito fiscal - ICMS - Importação indireta - Caracterização - Local da prestação - Inteligência do art. 33, § 1º, item 1, *i*,1.2, da Lei nº 6.763/75, e da Instrução Normativa DLT/SRE nº.02/93 - Destinatário final - Contribuinte - Ausência de comprovação de irregularidade fiscal. - A tese do "destinatário final" é plenamente admissível, pois este, no elo de transmissões, se apresenta como o estabelecimento mais próximo da fase de consumo, configurando, destarte, a chamada circulação econômica. Haverá tipicidade tributária sempre que um estabelecimento importar um bem, direta ou indiretamente, ou seja, aquele estabelecimento que realizar importação indireta também é contribuinte do imposto. Apelo não provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2003. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, respectivamente, pela apelante e pela apelada, os Drs. Marcelo Braga Rios e Osvaldo França.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Nestlé Brasil Ltda. contra a r. sentença de fls. 203/206, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação anulatória de débito fiscal ajuizada pela ora recorrente contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Em sede de razões recursais, às fls. 209/222, a apelante pugna pela reforma da decisão monocrática, aduzindo, em apertada síntese, que a importação das mercadorias foi promovida pelo estabelecimento da empresa situado no Estado de São Paulo, onde se recolheu o imposto devido (ICMS), e não na sede mineira.

Argumenta que o termo "destinatário" expresso no art. 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Constituição Federal se refere ao estabelecimento que promove a importação, ou seja, aquele que realiza o negócio mercantil no exterior, pagando o preço, exigindo a entrega e contraindo direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda internacional.

Colaciona farta doutrina e jurisprudência, concluindo, a final, que o ICMS incidente na importação é devido ao Estado de São Paulo, sendo irrelevante que, posteriormente, numa operação interestadual de transferência, parte das mercadorias tenham sido destinadas à sede localizada no Estado de Minas Gerais.

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de contra-razões, conforme certificado à fl. 224-v.

Subiram os autos.

Certificação do preparo recursal à fl. 227.

Desnecessária a intervenção da d. Procuradoria-Geral de Justiça, a teor da inteligência contida na Súmula nº 189 do colendo STJ.

É o relatório.

Fundamento e decido

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Depreende-se dos autos que a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais autuou a Nestlé do Brasil S.A., sediada em São Paulo, em razão de supostos créditos devidos ao efetuar a transferência de mercadorias (leite em pó), importadas da Argentina, para a unidade localizada em Arcos, no Estado de Minas Gerais, ao argumento de que, na verdade, a autuada estaria realizando importação indireta de tais mercadorias, na qualidade de destinatária final.

A autora, por sua vez, sustenta a legalidade do procedimento, tendo em vista que as mercadorias foram importadas pela sede em São Bernardo do Campo/SP, com todos os impostos recolhidos, e que a unidade situada no Estado de Minas Gerais não se sujeita ao pagamento de ICMS, por não ter praticado o fato gerador da obrigação tributária.

Após examinar minuciosamente a questão, tenho que o decisório monocrático não merece ser reformado. Vejamos.

A matéria é polêmica, embora já existam diversas interpretações a respeito, constituindo, inclusive, em um dos pontos da reforma tributária prestes a acontecer, apesar de entender que a solução para o caso depende de matéria essencialmente fática.

O ICMS é um imposto de bastante complexidade, a começar por sua própria definição, que determina a ocorrência do fato gerador nas operações relativas à circulação de mercadorias. A palavra "operações" indica negócio jurídico, sendo que a lei não estabelece um tipo específico, ou seja, não é necessário que ocorra necessariamente um ato mercantil para que incida o ICMS, mas sim qualquer ato que impulsione a mercadoria da fonte de produção até o consumidor.

Sobre a incidência tributária no caso, é cristalino o alcance do que dispõe a Constituição Federal no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, ao dizer que o ICMS incidirá também quando da entrada de mercadorias importadas do exterior, ainda quando sejam destinadas ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento, assim como serviço prestado no exterior, cabendo ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

Não obstante as normas que regem a espécie, frisa-se, deve-se analisar minuciosamente o aparato probatório dos autos para certificarmos a licitude do procedimento adotado pelo sujeito passivo, ou uma provável ocorrência de evasão fiscal.

In casu, a apelante pretende nos convencer de que ocorreram duas operações distintas, a saber, a primeira consiste na operação realizada pela sede em São Paulo, referente à importação de mercadorias, comprovada através de notas fiscais, declaração de importação-DI e seus anexos, e da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos-GNR (fls. 139/146). A outra restringe-se a uma mera circulação física dessas mercadorias para a filial no Estado de Minas Gerais, não sujeita ao recolhimento do ICMS.

O Fisco mineiro está convencido de que houve somente uma única operação, a importação indireta das mercadorias pelo estabelecimento localizado em Arcos/MG, que se sujeita ao pagamento de ICMS.

Sobre o tema, a Lei nº 6.763/75 prevê:

Art. 33. (...)

§ 1º Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) tratando-se de mercadoria ou bem: (...)

i - importados do exterior:

i.1.1 - que, direta ou indiretamente, promover a importação;

i.1.2 - destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência.

Por sua vez, a Instrução Normativa DLT/SRE nº 02, de 12 de novembro de 1993, dirimindo a controvérsia, prescreve:

1 - É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:

a - direta ou indiretamente por estabelecimento situado em território mineiro;

b - por estabelecimento situado em outra unidade da Federação;

b.1 - pertencente ao mesmo titular, ou que mantenha relação de interdependência com o estabelecimento mineiro, destinatário da mercadoria ou do bem, ou

b.2 - quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado.

Infere-se que, restando configurada a hipótese de importação indireta, o imposto deve ser recolhido ao Estado onde estiver situado o real destinatário ou "destinatário final", ainda que na documentação conste outro estabelecimento da mesma empresa.

Por certo que a circulação meramente física da mercadoria não gera obrigação de pagar ICMS, pois não há mudança de titularidade. Ao meu sentir, somente haverá o fato gerador de ICMS quando houver circulação da mercadoria que a aproxime da fase de produção para o consumo, assim chamada de circulação econômica.

Ocorre que, não raras vezes, uma pessoa jurídica pode ter vários estabelecimentos em diversos Estados da Federação, optando por realizar operações envolvendo importação de mercadorias no Estado cuja alíquota for menor, no intuito de mascarar a operação real.

Logo, a tese do "destinatário final" é plenamente admissível, pois este, no elo de transmissões, se apresenta como o estabelecimento mais próximo do consumidor, configurando, destarte, a chamada circulação econômica.

De fato, não se trata de uma circulação meramente física de mercadorias, mas sim de uma circulação com conotação econômica, na medida em que a transferência das mercadorias se aproximou da fase de consumo.

Ademais, a prova do Fisco é consistente a demonstrar o intento de evasão fiscal. Vejamos.

Basta analisarmos os documentos de fls. 139/146, incontestes pela autora, que se chega à conclusão de que as mercadorias importadas deram entrada em São Paulo no dia 10 de setembro de 1996, coincidindo com a data do Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência-Tado, lavrado pela autoridade fazendária, o que sugere, inevitavelmente, que as mercadorias, após o desembaraço aduaneiro, foram imediatamente remetidas à filial estabelecida em Arcos/MG.

Releva demarcar, ao que parece, no intuito de burlar a legislação tributária, a autora emitiu a nota fiscal em 02 de setembro de 1996, ou seja, oito dias antes do seu desembaraço aduaneiro, o que reforça a tese de ocorrência de importação indireta, ao sugerir que as mercadorias tenham ficado por algum tempo no Estado de São Paulo.

Doutro giro, a autora não fez nenhuma prova no sentido de comprovar a legalidade do procedimento, restringindo-se às questões de direito, que, todavia, em nada a socorre.

Ora, não se pode olvidar que a norma autoriza ao administrador adotar uma série de comportamentos justificáveis, tendo por finalidade o interesse público, para poder avaliar elementos relevantes à caracterização do fato jurídico tributário e da obrigação tributária. E esta margem de flexibilidade técnica que possui o administrador jamais pode se confundir com discricionariedade, pois ao Fisco é lícita a investigação e avaliação de elementos colocados à sua disposição, que visam demonstrar, de forma mais aproximada possível, a existência real do fato gerador, sendo-lhe permitido fixar a riqueza tributável.

Por outro lado, o comportamento do contribuinte é imprescindível para averiguação da ocorrência do fato gerador, sendo-lhe assegurados todos os meios necessários para elucidar as operações praticadas, bem como se defender de qualquer abuso ou discricionariedade da Fazenda Pública. Porém, se não consegue alcançar tal objetivo, impõe-se a tributação.

Assim, infere-se que, indubitavelmente, as mercadorias constantes da documentação apresentada foram importadas com o prévio desígnio de destiná-las para o estabelecimento localizado em Arcos, Estado de Minas Gerais, dispensando maiores elucubrações.

Por derradeiro, haverá tipicidade tributária sempre que um estabelecimento importar um bem, direta ou indiretamente, ou seja, aquele que realizar importação indireta também é contribuinte do imposto, nos termos da legislação aqui mencionada.

De se manter, pois, o decisório alvejado.

Firme nessas razões, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença, nos exatos termos em que foi proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Célio César Paduani) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.10.2003, a pedido do Revisor, após votar o Relator, que negava provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. José Domingues Ferreira Esteves.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Gostaria de registrar que recebi memorial da apelante, ao qual dei a devida atenção.

Tratam os autos de ação ordinária aforada por Nestlé do Brasil Ltda., visando à anulação de auto de infração lavrado pelo Estado de Minas Gerais, por considerar que a postulante importou indiretamente leite em pó da Argentina, por meio de uma filial localizada em São Paulo, sem o recolhimento do imposto devido ao Estado autuante.

Após o emérito Desembargador Relator proferir seu voto no sentido de negar provimento ao presente recurso, pedi vista para mais detidamente examinar as particularidades do presente feito, na medida em que a demanda se trata também de questão fática, cuja solução deve ser buscada no extrato probatório produzido nos autos.

Primeiramente, evidencio que a presente questão é polêmica, conforme se depreende dos julgamentos ocorridos no processo administrativo, haja vista que a apelante obteve decisão favorável, perante o Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, quando do julgamento de sua impugnação administrativa, porém teve esta decisão reformada, também pelo voto de qualidade, na Câmara Especial do CC/MG, no julgamento do recurso de ofício.

Nesse rumo, importante, para o correto deslinde do feito, evidenciar que a Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, inc. IX, alínea *a*, deixa claro que o ICMS incidente sobre a entrada de mercadorias importadas do exterior, cabe ao Estado *onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço*.

Entendendo-se por estabelecimento destinatário não aquele que promoveu juridicamente a compra e venda internacional, conforme sustenta a apelante, mas aquele que recebeu *efetivamente* as mercadorias ou bens importados, porquanto, somente neste momento, conforme brilhante entendimento do Professor ROQUE CARRAZZA,

> é que eles terão ingressado no mercado brasileiro, respectivamente para fins de revenda e para consumo ou ativo fixo (*ICMS*, 9ª ed., p. 63).

Assim, após analisar os autos, estudando, não apenas os argumentos expendidos, mas, sobretudo, a prova produzida, constatei que, realmente, a postulante efetuou uma importação indireta, na medida em que destinou as mercadorias diretamente do local do desembaraço, na Cidade de Uruguaiana/RS, para o Município de Arcos, em Minas Gerais.

A bem da verdade, esta situação foi até mesmo confirmada pela postulante na sua impugnação à contestação, que assim dispôs:

> a importação através do estabelecimento paulista decorre, apenas, de uma questão de gestão empresarial, e sobre isso o Fisco não pode interferir. É direito da Autora, *ao invés de importar a matéria-prima por cada um de seus diversos estabelecimentos fabris, o que seria inviável sob o ponto de vista gerencial, concentrar suas importações num determinado estabelecimento e, posteriormente, de acordo com as necessidades, promover a transferência das mercadorias importadas* para diversas unidades industriais espalhadas por todo o território nacional - fls. 157.

Assim, não restam dúvidas de que as mercadorias importadas da Argentina já tinham destinação

predeterminada quando de suas negociações, fato que ficou incontestável ao se verificar que as mercadorias não entraram fisicamente no estabelecimento importador, sendo transportadas diretamente do posto aduaneiro ao estabelecimento da postulante localizada no Município de Arcos/MG, conforme brilhantemente evidenciou o em. Desembargador Relator.

Desta feita, não se pode, ao argumento de racionalização de custos, sob o ponto de vista gerencial, deixar de recolher corretamente o tributo ao Estado competente.

Por oportuno, trago à colação, pedindo vênia aos ilustres Colegas, a Consulta nº 133/98, feita ao Conselho de Contribuintes desta Capital, por uma empresa do ramo alimentício, que se encontrava em situação semelhante à da postulante, qual seja, importação de mercadoria do exterior, pelo estabelecimento localizado em Pouso Alegre/MG, porém com entrega física de parte ou da totalidade dela diretamente a outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica (Centros de Distribuição localizados em Curitiba/PR e São Paulo/SP). Confira-se:

> *Consulta*:
>
> 1 - Tendo sido realizado o desembarco aduaneiro, com base em documentação própria emitida em nome do estabelecimento importador (fábrica de Pouso Alegre), a qual Estado caberá o ICMS pago através de Guia Nacional de Recolhimento, face ao constante no art. 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988, arrematado pelo art. 11, inciso I, alínea *d*, da Lei Complementar nº 87, de 12.09.1996?
>
> *Resposta*:
>
> 1 - (...)
>
> O critério da entrada física para determinação do verdadeiro importador da mercadoria e, via de conseqüência, do sujeito ativo da obrigação tributária, no caso do ICMS, aplica-se, apenas nas seguintes hipóteses:
>
> - *quando a pessoa jurídica importa por um dos seus estabelecimentos, mas o destine a outro, também seu, diverso daquele que consta, na documentação, como importador;*
>
> - quando houver simulação, assim entendida a hipótese em que o bem importado tenha destinação específica, ou seja, quando esteja predestinado a pessoa diversa daquela que importou. Assim, embora conste na Declaração de Importação a empresa 'A', o verdadeiro importador é 'B'. (...)
>
> Assim, unicamente nestas hipóteses, *estando o destinatário físico localizado em território mineiro, o tributo caberá a este Estado*. Estando localizado em outra unidade da Federação, a ela caberá o imposto.

Desta feita, correta a autuação do Fisco mineiro de exigir da postulante o pagamento do ICMS incidente sobre a importação indireta de leite em pó, porquanto, conforme se infere dos documentos juntados aos autos, foi no estabelecimento localizado em Arcos/MG, que tal mercadoria entrou fisicamente, não passando sequer pelo estabelecimento indicado na Declaração de Importação.

Ressalte-se que a apelante, em situação idêntica à dos autos, já obteve recentemente decisão desfavorável, quando do julgamento, pela 5ª Câmara deste eg. Tribunal, da Apelação nº 268.659-0, pelas mesmas razões até aqui expostas:

> Ementa: Ação anulatória de débito fiscal. ICMS incidente sobre operação de importação de produto. Ocorrência da importação indireta. Hermenêutica aplicada ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Improcedência da demanda. - A interpretação a ser conferida ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil, compreende a da destinação final do produto importado, sob pena de se permitir operações de importação com o objetivo de não-recolhimento do real imposto devido ao ente da Federação a quem competiria tributá-lo, caso a operação fosse realizada de maneira regular, em termos fiscais. Não se pode confundir o local do território nacional que possua instalações adequadas para o recebimento do produto importado com o local da Federação para o qual o produto efetivamente se destina, sob pena de subversão da ordem jurídica tributária, a juízo de conveniência apenas do importador, independentemente do interesse público envolvido (Rel.ª Des.ª Elza Maria, *DJ* de 08.04.2003).

Colocando uma "pá de cal" sobre a questão, impende transcrever o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> ICMS sobre mercadorias importadas - Fato gerador - Elemento temporal. - Art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição Federal. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 192.711, assim decidiu: ICMS incidente sobre mercadorias importadas. Fato gerador. Elemento temporal. CF/88, art. 155, § 2º, IX, *a*. - Afora o acréscimo decorrente da introdução de serviços no campo da abrangência do imposto em referência, até então circunscrito à circulação de mercadorias, duas alterações foram feitas pelo constituinte no texto primitivo (art. 23, § 11, da Carta de 1969), a primeira, na supressão das expressões: a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular; e a segunda, *em deixar expresso caber o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria. Alterações que tiveram por conseqüência lógica a substituição da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para o do recebimento da mercadoria importada, como aspecto temporal do fato gerador do tributo*, condicionando-se o desembaraço das mercadorias ou do bem importado ao recolhimento, não apenas dos tributos federais, mas também do ICMS incidente sobre a operação. Legitimação dos Estados para ditarem norma geral, de caráter provisório, sobre a matéria, de conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT/88, por meio do Convênio ICM 66/88 (art. 2º, I) e, conseqüentemente, do Estado de São Paulo para fixar o novo momento da exigência do tributo (Lei nº 6.374/89, art. 2º, V). Recurso extraordinário do Estado de São Paulo conhecido e provido, ficando prejudicado o recurso extraordinário da contribuinte (STF - RE 156.395-8-SP - 1ª T. - Rel. Min. Moreira Alves - *DJU* de 1º.06.2001 - p. 92).

Por tudo isso, verifica-se que os argumentos da apelante são inconsistentes para liberá-la da obrigação de pagar o valor exigido no auto de infração impugnado, especialmente porque as provas constantes nos autos não foram suficientes para ilidir a presunção de que as mercadorias foram enviadas diretamente do posto aduaneiro, localizado em Uruguaiana/RS à unidade industrial da apelante, localizada em Arcos/MG, sem passar pelo estabelecimento importador, localizado em São Bernardo do Campo/SP, motivo pelo qual acompanho o voto que me antecedeu, adotando, portanto, os mesmos fundamentos aduzidos pelo eminente Des. Relator, Dr. Célio César Paduani, ressalvando, entretanto, o direito da apelante de ajuizar uma ação de repetição de indébito contra o Estado de São Paulo, a fim de recuperar o que lhe pagou indevidamente.

O Sr. Des. Emane Fidélis (convocado) - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CENTRAL DE CONCILIAÇÃO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA - POSSIBILIDADE

- A decisão que, em ação de execução de pensão alimentícia, designa audiência em Central de Conciliação é correta, pois, além de vir ao encontro da agilização das causas que lhe competem, está fundamentada na Resolução 407/03 da Corte Superior deste Tribunal, que impõe a supervisão das sessões de conciliação e a homologação de acordos por um juiz-orientador.

- V.v.: - A autorização constitucional conferida aos tribunais para tratar de norma procedimental em matéria processual tem natureza de poder normativo secundário, e não primário. Por essa razão, as normas provenientes dos tribunais não podem inovar o ordenamento jurídico, podendo apenas implementar a legislação federal processual. Assim, o dispositivo da Resolução 407/2003, da Corte Superior do Tribunal de Justiça, que cria audiência prévia conciliatória em procedimentos para os quais o legislador competente não a estabeleceu em texto de lei é ilegal, em caráter parcial, por afrontar o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante. (*Des.ª Maria Elza*)

AGRAVO Nº 1.0079.03.089332-9/001 - Comarca de Contagem - Relator para o acórdão: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Ação de execução de pensão alimentícia - Central de conciliação - Audiência designada - Recurso. - É de ser mantida decisão que, em ação de execução de pensão alimentícia, designa audiência na Central de Conciliação, instituída na comarca. Decisão mantida.

- V.v.: - Ato Normativo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Institucionalização de audiência prévia conciliatória sem previsibilidade legal - Ilegalidade parcial da Resolução de nº 407/2003 da Corte Superior do referido tribunal. - É ilegal a norma resolutiva de Tribunal instituindo audiência prévia conciliatória em procedimentos para os quais o legislador competente não a estabeleceu. Reconhecimento de ilegalidade parcial da Resolução de nº 407/2003 da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em face do Código de Processo Civil e da legislação processual extravagante.

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, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA A RELATORA.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator para o acórdão. - *Maria Elza* - Relatora vencida.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Contagem, em ação de execução de pensão alimentícia. A decisão designou audiência prévia de conciliação. Contra essa decisão recorre o Ministério Público afirmando que a decisão não observa a legislação processual aplicável ao caso dos autos e que a Resolução nº407/2003 da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais viola o princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que altera lei processual. Requer o deferimento de efeito suspensivo ao recurso.

O recurso foi admitido pela decisão singular de fls. 19/20-TJ, tendo-lhe sido negado o efeito suspensivo.

À fl. 25-TJ foram juntadas aos autos as informações do Juízo *a quo*.

Não houve a apresentação de contraminuta nos autos.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 28/32-TJ opinando pelo provimento do agravo.

É o breve relato. Passa-se à análise e ao julgamento do recurso.

O artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil confere aos tribunais poder normativo para, em caráter de exclusividade (visto que indelegável), elaborar normas de procedimento, observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes. Também o artigo 98 da Constituição da República Federativa do Brasil autoriza que alguns dos entes da Federação (União e Estados-membros) instituam os juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, com a finalidade, inclusive, de exercer a conciliação em certas matérias.

Porém, tanto o poder normativo dos tribunais quanto sua prerrogativa para dar implementação aos juizados especiais com a finalidade conciliatória ficam subordinados à legislação processual de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, a autorização constitucional conferida aos tribunais para tratar de norma procedimental em matéria processual tem natureza de poder normativo secundário, e não primário. Por essa razão, as normas provenientes dos tribunais não podem inovar o ordenamento jurídico, podendo, apenas, implementar a legislação federal processual, semelhantemente ao que ocorre com o poder de emissão de decretos conferido ao Chefe de Governo, salvo os casos de decreto primário, conforme exceções constantes da própria Constituição.

Nesse sentido, pode-se facilmente constatar que, ao instituir norma resolutiva criando audiência prévia conciliatória em procedimentos para os quais o legislador competente não a estabeleceu em texto de lei, está o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais inovando o ordenamento jurídico federal, o que não é cabível, sendo, pois, ilegal, em caráter parcial, e em face do Código de Processo Civil e da legislação processual extravagante, a Resolução de nº407/2003 da Corte Superior do referido tribunal.

A instituição ilegal daquela audiência prévia conciliatória em matéria de ordem pública (alimentos, separação judicial, divórcio e reconhecimento de união estável) poderá, ainda, gerar prejuízo para as partes litigantes, especialmente quando realizada sem a presença da autoridade judicial e ministerial, já que poderá ser presidida apenas pelo conciliador, pessoa leiga.

Diante de todo o exposto, com respaldo no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil), dá-se provimento ao recurso de agravo para declarar a nulidade da decisão interlocutória que designou data para a realização de audiência prévia de conciliação, restando igualmente nulos os atos processuais acaso provenientes da realização da audiência. Sem condenação ao pagamento de despesas recursais.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Em que pesem os fundamentos colocados no recurso e no voto da eminente Relatora, Des.ª Maria Elza, tenho sustentado em casos que tais entendimento diverso, permitindo-me transcrever voto que proferi, como Relator, no Agravo de Instrumento nº 334.656-6/00, também da Comarca de Contagem.

Com efeito, de há muito, vêm os tribunais, inclusive o de Minas Gerais, se empenhando no descongestionamento do volume dos processos, procurando, por todos os meios, encontrar uma rápida trajetória para a solução dos casos judiciais, entre cujos meios se instituiu a denominada Central de Conciliação, que, por seus efeitos práticos e rápidos, passou a ser instituída também nas comarcas do interior, entre as quais Contagem, onde há um dos maiores volumes de processo em andamento, no Estado.

Visou, assim, a instituição da Central de Conciliação a uma solução rápida e eficaz para as demandas e para, dessa forma, transfigurar o perfil do Poder Judiciário, sempre alvo de críticas em torno da morosidade na solução dos processos.

Daí o advento da Resolução 407/2003, cujo art. 5º entrega a Coordenadoria-Geral a um Desembargador, designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, ao qual cabe supervisionar o funcionamento da Central de Conciliação.

Prescreve o art. 9º que o juiz-orientador é um dos juízes da comarca, ao qual cabe supervisionar as sessões de conciliação e homologar acordos.

O art. 14 se refere aos conciliadores-estagiários, escolhidos entre alunos das Faculdades de Direito ou de Psicologia, aos quais cabe ouvir e conciliar as partes, redigir e visar termos de acordo.

O que se conclui de tudo isto? Nada mais, nada menos, que a Central de Conciliação funciona sempre com a presença de um juiz e sob a fiscalização de um desembargador, aposentado ou da ativa, com o juiz-orientador supervisionando as sessões e homologando acordos.

Tudo isso está a colocar em evidência que a Central de Conciliação é coisa séria e que está prestando relevantes serviços ao Judiciário e à coletividade, com agilização no desfecho das causas que lhe competem, não se podendo dispensar, pois, a solidariedade e a participação do Ministério Público, notadamente o Ministério Público mineiro, hoje auxiliar indispensável do Poder Judiciário e que, tanto como este, deve ter a preocupação também de contribuir para a imagem cada vez mais crescente do Ministério Público e do Poder Judiciário, eis que ambos abraçam, com dedicação e amor, um mesmo ideal, os mais expressivos anseios do direito e da justiça.

Bem de ver que a Constituição Federal colocou o Ministério Público no patamar de uma função essencial à Justiça, prescrevendo o art. 127 que ele é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, entre outras atribuições, da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que significa, ao meu modesto modo de entender, que a Constituição Federal entrelaçou o Poder Judiciário com o Ministério Público de uma tal forma que o Ministério Público, tanto quanto o Poder Judiciário, deve-se preocupar também com todas as medidas que visem à agilização e ao descongestionamento da Justiça, porque arranhar os foros de dignidade e austeridade do Poder Judiciário, com críticas acerbadas sobre a sua morosidade, é arranhar também os foros de dignidade e austeridade do valoroso Ministério Público mineiro, umbilicalmente entrelaçado com o Poder Judiciário.

Daí me parecer que o Ministério Público deve, também, cerrar fileira em torno do Poder Judiciário, porque ambos têm interesse no prestígio da Justiça e não merecem sujeitar-se à crítica daqueles que, vagando entre Sylas e Caribides, procuram macular a grandeza e a eficiência da Justiça, adotando, para tal fim, a Resolução 407/2003, que cercou a Central de Conciliação da garantia necessária à sua atuação, com a presença de desembargadores e juízes de direito e, para cujo êxito, não pode dispensar a participação e a eficiência do Ministério Público de Minas Gerais, o que, aliás, é imposição de ordem constitucional e legal, em face da matéria afeta à competência da Central de Conciliação.

Com esses fundamentos, com a devida vênia da eminente Relatora, mantenho a decisão recorrida, negando provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - Com a devida vênia da eminente Relatora, acompanho o voto do eminente Primeiro Vogal para negar provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A RELATORA.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO POPULAR - AJUIZAMENTO SIMULTÂNEO - DEMANDAS INCONFUNDÍVEIS - SUBSTITUIÇÃO DE UMA POR OUTRA - IMPRESTABILIDADE - AÇÃO POPULAR DESCONSTITUTIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENATÓRIA - LESIVIDADE AO ERÁRIO - INEXISTÊNCIA - CONCLUSÃO DAS OBRAS OBJETO DA LICITAÇÃO - REQUISITOS ESSENCIAIS DA PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR - AUSÊNCIA - INVIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.429/92 - LEI Nº 4.717/65 E ART. 5º, LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

- Não procede a preliminar de nulidade do *decisum* à ausência de fundamentação suficiente, visto que, embora sucinta, observou o constante dos incisos I a III do art. 458 do CPC.

- Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação popular e ação civil pública por improbidade administrativa, as finalidades de ambas as demandas não se confundem, de tal sorte que uma ação não se presta para substituir a outra, pois, enquanto a primeira é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória em perdas e danos, a segunda é precipuamente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, nos termos da doutrina e normas de regência.

- Não havendo lesividade ao erário, no aspecto puramente material, considerando-se que o pedido da ação popular se cinge ao ressarcimento de dano material aos cofres municipais, uma vez comprovada nos autos a conclusão das obras objeto da licitação, somada à existência de outras realizadas pela mesma construtora, e não pagas pelo município, mediante constatação de perícia, não há falar-se em procedência da ação, visto que, para tanto, exige-se a ocorrência concomitante de ilegalidade e lesividade ao ente público. Sem os três requisitos essenciais, traduzidos na condição de eleitor, na ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.

- V.v.: - Não restando provada a compensação alegada nem a realização das obras por parte da construtora, comprovados, assim, os pressupostos da ilegalidade e lesividade ao erário, impõe-se a manutenção de parte da sentença que declarou nulo o contrato que deu origem à ação popular. (*Des.ª Maria Elza*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.156-9/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Administrativo e Constitucional - Ação civil pública por improbidade administrativa e ação popular - Ajuizamento simultâneo - Demandas inconfundíveis - Substituição de uma por outra - Imprestabilidade - Ação popular desconstitutiva - Ação civil pública condenatória - Lesividade ao erário - Inexistência - Conclusão das obras objeto da licitação - Requisitos essenciais da propositura da ação popular - Ausência - Inviabilidade - Inteligência da Lei 8.429/92, Lei 4.717/65 e art. 5º, LXXIII, da Constituição da República. - Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação popular e ação civil pública por improbidade administrativa, as finalidades de ambas as demandas não se confundem, de tal sorte que uma ação não se presta para substituir a outra, pois, enquanto a primeira é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória em perdas e danos, a segunda é precipuamente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, nos termos da doutrina e normas de regência. Não havendo lesividade ao erário, no aspecto puramente material, considerando-se que o pedido da ação popular se cinge ao ressarcimento de dano material aos cofres municipais, uma vez comprovada nos autos a conclusão das obras objeto da licitação, somado à existência de outras realizadas pela mesma construtora, e não pagas pelo município, mediante constatação de perícia, não há falar em procedência da ação, visto que, para tanto, exige-se a ocorrência concomitante de ilegalidade e lesividade ao ente público. Sem os três requisitos essenciais, traduzidos na condição de eleitor, na ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.

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, EM NÃO CONHECER DOS TERCEIRO E QUINTO RECURSOS, NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO, REJEITAR UMA PRELIMINAR, ACOLHER OUTRA, DAR PROVIMENTO AO QUARTO RECURSO (CONSTRUTORA SAGENDRA LTDA.), VENCIDA PARCIALMENTE A REVISORA.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Da sentença (fls. 742/749-TJ), sujeita ao duplo grau de jurisdição, que julgou procedente, em parte, pedido constante da ação popular ajuizada por Francisco Rafael Gonçalves, em face do Município de Pouso Alegre, João Batista Rosa e Construtora Sagendra Ltda., em conseqüência da qual declarou

> nulo o contrato que deu origem à ação e para condenar os suplicados a devolverem ao Município a importância de R$113.983,17 (cento e treze mil, novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), acrescidos de correção monetária e juros moratórios a partir da data do pagamento ilegal, que corresponde à lesão patrimonial; condenando-os, também, no pagamento da multa civil que arbitro em 1 (uma) vez o valor desta condenação. Condeno-os, também, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$1.000,00 (hum mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (*litteris*, fls. 749-TJ).

ocasionando apelações.

Do autor, alegando, em síntese, deva ser majorada a multa civil do dano para duas vezes o seu valor, além de condenação dos réus em três vezes o valor do enriquecimento ilícito, em ambos tendo por base o valor da lesão patrimonial e do conseqüente enriquecimento ilícito de R$113.983,17 (cento e treze mil, novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), e verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, tudo consoante as argumentações desenvolvidas às fls. 753/761-TJ.

Dos réus, João Batista Rosa (fls. 762/801-TJ) e Construtora Sagendra Ltda. (fls. 832/849-TJ), sustentando o primeiro preliminares de nulidade do feito, pela ausência de citação dos litisconsortes necessários, por ter apenas autorizado a instauração do procedimento licitatório, mas não foi por ele responsável, com sua conseqüente ilegitimidade passiva, carência de ação, por serem incompatíveis os procedimentos da Lei 8.429/92 e da Lei 4.717/65, ausência de motivação da sentença e, no mérito, sustenta que jamais admitiu que houve superfaturamento da obra em discussão, além de o perito oficial ter afirmado que a obra foi concluída e acrescida de serviços extras, que não há prejuízo aos cofres públicos, tampouco licitação fraudulenta e qualquer tipo de dano; enquanto a segunda, também alegando preliminares de falta de condições da ação, por impossibilidade de cumulação da ação popular com a de improbidade administrativa, nulidade do julgado por fundamentação insuficiente e, no mérito, que a reposição de prejuízos ao erário, como um dos objetos da ação popular, depende, exclusivamente, da existência de lesão, o que não ocorreu na espécie.

Também apelam Sav-Santana Valadares Mineração Ltda., Eduardo Valadares de Andrade, Marcelo Valadares de Andrade e Porfírio Valadares de Andrade (fls. 851/885-TJ), aduzindo que, apesar de não terem sido incluídos pelo autor popular no pólo passivo da ação e não terem sido citados no processo, têm manifesto interesse na interposição do presente recurso, na qualidade de terceiros prejudicados, na medida em que o digno Magistrado sentenciante estendeu a eles a pena de proibição de contratar com o Poder Público, ao proclamar que "os suplicados" e "todos os seus quotistas" estariam incluídos na condenação, de tal sorte que eram os apelantes quotistas da Construtora Sagendra Ltda. à época dos fatos ocorridos nos autos, além do que os sócios Eduardo e Marcelo Andrade Valadares tiveram seus direitos políticos suspensos por 08 (oito) anos, em razão do que suscitam prefaciais de inadequação do rito da ação popular com a cominação de penalidades da Lei 8.429/92, ilegitimidade passiva, anulação do *decisum* quanto às penas aplicadas aos apelantes, pela falta de citação e de sua motivação e, no mérito, entendem impertinentes as penas de proibição de contratar com o Poder Público e suspensão de direitos políticos.

Conheço da remessa necessária e dos recursos voluntários interpostos por Francisco Rafael Gonçalves e Construtora Sagendra Ltda., não o fazendo, contudo, quanto ao recurso da SAV-Santana Valadares Minerações Ltda., Eduardo Valadares de Andrade, Marcelo Valadares de Andrade e Porfírio Valadares de Andrade, estes na qualidade de terceiros prejudicados e de João Batista Rosa, consoante as razões que serão expendidas a seguir.

Para melhor compreensão da questão, impõe-se recordar que, se cuida, originariamente, de ação popular ajuizada em face do Município de Pouso Alegre, de seu ex-Prefeito Municipal, João Batista Rosa, e Construtora Sagendra Ltda., alegando, em síntese, o autor popular, que o então Alcaide contratou serviços com a empresa em questão, para execução de obra de terraplanagem de platô para implantação de área de lazer no Bairro São João,

pelo valor de R$128.093,68 (cento e vinte e oito mil noventa e três reais e sessenta e oito centavos), mediante licitação fraudulenta, com preço superfaturado e pagamento por serviços e obras que não foram executados.

Após regular instrução do feito, o digno Magistrado *a quo* concluiu pela procedência, em parte, da ação, para declarar nulo o contrato que deu origem a ela e condenar os suplicados a devolverem ao Município a importância de R$113.983,17 (cento e treze mil novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), acrescidos de correção monetária e juros moratórios, multa civil em uma vez o valor da condenação, custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$1.000,00 (mil reais), além de proibi-los de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, pelo prazo de 10 (dez) anos, incluídos os quotistas da empresa, suspensão de direitos políticos por 08 (oito) anos e condenação do réu João Batista Rosa no pagamento de multa civil correspondente a 10 (dez) vezes a última remuneração que recebeu como Prefeito, sob o fundamento de que:

> com razão o autor, posto que demonstrada nos autos, a meu ver, e disto estou convencido, a existência de licitação fraudulenta, superfaturamento, mesmo porque não foram licitadas obras 'compensadas', as quais foram pagas, estando, via de conseqüência, demonstrada a imoralidade administrativa (*litteris*, fl. 749-TJ).

Preliminarmente, a apelante Construtora Sagendra Ltda. realça a nulidade da sentença, por fundamentação insuficiente, a qual entendo não deva prosperar, pois certo é que o julgador não está obrigado a responder, um a um, a todos os argumentos apresentados pelas partes, mas apenas a motivar e expor sua decisão de forma racional, se bem que sucinta.

De fato, a jurisprudência é unissona ao afirmar que:

> Não há obrigação processual de serem esmiuçados todos os pontos argüidos nos arrazoados das partes, por mais importantes que pareçam ser aos interessados, bastando a explicitação dos motivos norteadores do convencimento, sobreconcentrando-se no núcleo da relação jurídico-litigiosa, com suficiência para o deslinde (*in DJU* de 21.8.95, p. 25.352).
>
> O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (*in RJTJESP*, 115/207).

Com base nessas lições jurisprudenciais, percebe-se que a preliminar de nulidade do *decisum* à ausência de fundamentação suficiente não procede, visto que, embora sucinta, observou o comando constante dos incisos I a III do art. 458 do Diploma Formal.

Rejeito-a, portanto.

Quanto à segunda preliminar, de falta de condições da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, por entenderem os apelantes Construtora Sagendra Ltda. e SAV-Santana Valadares Mineração Ltda. que a ação popular não pode cominar penas próprias da Lei 8.429/92, analiso-a nos termos a seguir traçados.

De intróito, para o correto deslinde da ação, impõe registrar os requisitos e fins da ação popular, prevista, constitucionalmente, nos seguintes termos:

> Art. 5º. *(omissis)*.
>
> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Em linhas gerais, a ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por quaisquer de seus representantes, com o fim de invalidar atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público.

Dentre os requisitos desta ação, imprescindível é que o autor seja cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, além de serem demonstradas a ilegalidade e lesividade do ato a invalidar, sem os quais inexiste a viabilidade de êxito da ação, quanto aos seus pressupostos de constituição válida.

A ilegalidade do ato a invalidar é traduzida naquele, que, no caso concreto, o ato que seja contrário ao Direito, por infringir normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública, ao passo que lesivo é todo ato ou omissão que prejudica a Administração, assim como ofende bens e valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da sociedade, nos termos da doutrina do saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

> (Quanto à ilegalidade) Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e enuncia em seu próprio texto (art. 2º, *a* a *e*).
>
> (Quanto à lesividade) E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.
>
> Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular (*in Mandado de Segurança*, Malheiros Editores, 25ª ed., 2003, p. 124/125).

Importante ressaltar que, embora os casos mais corriqueiros de lesão se refiram a dano pecuniário, a lesividade mencionada pelo texto constitucional tanto abrange o patrimônio material quanto o moral, estético, espiritual e histórico, de tal sorte que:

> o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa,

conforme elucida RAFAEL BIELSA (ob. cit., p. 126).

O certo é que tanto doutrina quanto jurisprudência já firmaram posicionamento no sentido de que, para que seja cabível a propositura de ação popular, necessária a existência do duplo vício, lesividade e ilegalidade, não bastando a demonstração de apenas um deles, conforme arestos a seguir transcritos e oriundos do colendo STJ, *verbis*:

> Processual Civil. Ação popular. Lei nº 4.717/65. Requisitos. Ausência da lesividade. Improcedência.
>
> - 1. A ação popular reclama como requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do Poder Público. A lesividade presumida admite a contraprova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da lesividade à ordem jurídica. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o erário público.
>
> - 2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a municipalidade da mão-de-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes.
>
> - 3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula nº 07/STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX do art. 37 da CF, *in casu* coadjuvado pela Lei Municipal 1.137/90. Contratação temporária com o escopo de atender ao interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes.
>
> - 4. Recurso especial provido (1ª T., REsp nº 407.075 - MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27.8.02, *DJ* de 23.9.02).
>
> Processual Civil e Administrativo - Aquisição de veículos sem licitação - Ação popular - Lesividade não comprovada - Impossibilidade de dar continuidade à ação - Precedente jurisprudencial - Recurso especial - Não-conhecimento. - Na linha de orientação jurisprudencial prevalecente no âmbito do STJ, para a propositura da ação popular, não basta a alegação de ser o ato ilegal, mas é necessária a comprovação da lesividade ao erário público. O reexame de matéria probatória não enseja a interposição de recurso especial (Súmula nº 7/STJ). Recurso não conhecido, por maioria (1ª T., REsp,. nº 185.835 - RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 28.11.00, *DJ* de 11.6.01).

Também neste eg. Tribunal de Justiça, a jurisprudência arrima-se no mesmo sentido, o que se deflui da transcrição dos seguintes julgados:

> Afasta-se a admissibilidade da ação popular quando não comprovados os pressupostos da ilegalidade e da lesividade do ato administrativo impugnado, que, ao contrário, observou os princípios e normas atinentes à espécie, resultando em benefícios à entidade pública e à comunidade local (4ª CC, Apelação Cível nº 155.696-8, Rel. Des. Bady Curi, j. em 23.3.00, *DJ* de 13.4.00).
>
> Ação popular - Conjugação dos fatores ilegalidade e lesividade. - Para a procedência do pedido formulado em ação popular, é necessária a conjugação dos fatores ilegalidade e lesividade ao ato atacado (1ª CC, Apelação Cível nº 262.658-8, Rel. Des. Garcia Leão, j. em 24.9.02, *DJ* de 4.10.02).

Sabendo-se que o objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, sua finalidade pode ser corretiva da atividade administrativa ou supletiva da inatividade do Poder Público, em caso de omissão, com a conseqüente restauração ao patrimônio público de algum desfalque sofrido.

Sendo procedente a ação, o julgador decretará, necessariamente, a invalidade do ato impugnado e as restituições devidas, condenando os responsáveis pela sua prática e os beneficiários de seus efeitos ao pagamento de perdas e danos, além das custas, despesas com a ação feitas pelo autor e honorários advocatícios, de acordo com a elucidativa doutrina do mesmo Hely Lopes Meirelles.

Por fim, de acordo com o mesmo autor, incumbe destacar as espécies de sanção devidas através desta ação, nos termos adiante transcritos, *verbis*:

> *Além da invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas, a sentença em ação popular não poderá impor qualquer outra sanção aos vencidos. Sua natureza civil não comporta condenações políticas, administrativas ou criminais.*
>
> Se, no final da ação, ficar comprovada alguma infringência de norma penal ou falta disciplinar, a que a lei comine pena de demissão ou rescisão do contrato de trabalho, o juiz determinará, de ofício, a remessa de peças ao Ministério Público, à autoridade ou administrador a quem competir a aplicação da pena (ob. cit., p. 150/151) (grifou-se).

Por seu turno, a ação de improbidade administrativa, regulamentada pela Lei 8.429/92, cujas sanções são aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo público, tem por finalidade a apuração e punição da prática de atos ilícitos na Administração Pública, além da recuperação de prejuízos em seu favor, a qual vem sendo comumente reconhecida como nova modalidade de ação civil pública.

A esse respeito, vale conferir, uma vez mais, os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELES, a respeito:

> Já se disse acima - e é inegável - que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público, em virtude do ato de improbidade impugnado, e a punição dos responsáveis, aí incluindo o perdimento dos bens e vantagens obtidos ilicitamente e o seu afastamento da Administração Pública, tanto com a perda de cargos e funções como com a proibição de contratações futuras e a suspensão de direitos políticos (ob. cit., p. 202/203).

Diversamente da ação popular, cujo autor é o cidadão no gozo de seus direitos políticos, na ação de improbidade administrativa o Ministério Público é quem tem legitimidade ativa para seu ajuizamento, ou a própria pessoa de direito público lesada.

Por essas características, já se pode concluir, suficientemente, que ação popular e ação civil pública, ou simplesmente ação de improbidade administrativa, não se confundem, uma vez diversas, sobretudo, a legitimidade ativa e as respectivas finalidades, sendo vedada a substituição de uma por outra, conforme doutrina que se segue:

> Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas as demandas não se confundem. Uma ação não se presta para substituir a outra. Tendo em vista a redação do art. 11 da Lei 4.717/65, a ação popular é predominantemente desconstitutiva, e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos). A ação civil pública, por sua vez, como decorre da redação do art. 3º da Lei 7.347/85, é predominantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer.
>
> *A natureza distinta das sentenças proferidas nesses dois tipos de ações, aliada às diferenças na legitimidade para as causas, numa e noutra hipótese, nos leva à conclusão de que não cabe ação civil pública com pedido típico de ação popular, e vice-versa.* Não obstante, vêm se repetindo na prática diária do foro casos em que essas distinções não são observadas pelos autores de ações civis públicas, e já existe jurisprudência considerável sobre o tema (HELY LOPES MEIRELLES, *in Mandado de Segurança*, Malheiros Editores, 25ª ed., 2003, p. 166) (grifou-se).

Assim, dúvida não resta no sentido de que a presente ação popular não poderia ter assumido a finalidade da ação de improbidade administrativa, com suas correlatas condenações, precisamente, na hipótese dos autos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, suspensão de direitos políticos e multa civil.

Neste eg. Sodalício, a matéria fora suficientemente abordada pelo eminente Des. Lúcio Urbano, quando ainda integrante da colenda 2ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 230.649-6, ocorrido em 18.9.01, e que restou assim ementado:

> Sendo desnecessário reaviventar considerações sobre a titularidade de cada uma das espécies, basta lembrar que é *dominus litis* da ação popular qualquer cidadão, enquanto a ação civil pública é outorga exclusiva do Ministério Público. Só isso leva à evidência de que a inércia do cidadão comum, por ignorância ou temor reverencial, faria intocadas as ilegalidades não combatidas, ou não pressentidas, que estariam a lesar o interesse público, sem contar que a atendibilidade da ação popular se condiciona ao binômio ilegalidade/lesividade, quando é comum a lesão em tese sem a ocorrência de ilegalidade tecnicamente tipificada. Entretanto, é preciso estar atento à especialidade da ação civil pública, que é de largo espectro, como decorre das próprias leis que a regem. Certo é que não cabe improvisação. A ação civil que tem o Órgão Ministerial na defesa dos direitos e interesses do Estado, da Coletividade, e dos respectivos bens, na sua elástica universalidade, jamais se igualaria, no conceito ontológico e teleológico, à ação popular.

Em tais termos, acolho a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, para decotar da condenação as penas próprias da ação de improbidade administrativa, no tocante ao pagamento pelos réus de multa civil arbitrada em uma vez o valor da condenação, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, pelo prazo de 10 (dez) anos, nesta proibição incluídos todos os quotistas da Construtora Sagendra Ltda., suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos de seus representantes legais e do suplicado João Batista Rosa, bem como a condenação deste último no pagamento de multa civil correspondente a 10 (dez) vezes a última remuneração que recebeu na condição de Prefeito Municipal, nos termos das razões alhures expendidas.

Uma vez que o recurso interposto pela SAV-Santana Valadares Mineração Ltda. Se restringe a combater as penas próprias da ação de improbidade administrativa, veiculadas pela Lei 8.429/92, aplicadas a seus sócios, quando ainda integrantes do quadro societário da Construtora Sagendra Ltda., e em face da decretação de impossibilidade jurídica do pedido quanto a elas, conforme acabo de decidir, é que não conheço de seu recurso, em virtude de sua manifesta prejudicialidade.

E, quanto à irresignação do réu João Batista Rosa, também não a conheço, por sua manifesta deserção, em face da ausência de recolhimento do preparo devido.

Com efeito, a sentença hostilizada foi publicada no *Minas Gerais* em 11.9.02 (quarta-feira) (certidão de fls. 750 - v.-TJ), começando a fluir o prazo recursal em 12.9.02 (quinta-feira) e a findar em 26.9.02 (quinta-feira) e, com a interposição dos embargos declaratórios de fls. 751/752-TJ, sendo eles rejeitados (fls. 751-TJ), teve sua publicação em 28.9.02 (fls. 752-v.-TJ) (sábado), tendo seu *dies a quo* em 15.10.02 e, em decorrência do disposto no art. 191, do CPC, que prevê o prazo em dobro quando existir mais de um réu com advogados diferentes, tenho como o termo *ad quem* o dia 30.10.02

Ora, compulsando os autos, constata-se que a petição da apelação foi protocolizada em 30.10.02 (carimbo mecânico de protocolo de fls. 762-TJ), portanto, tempestivamente.

E o mesmo não se pode dizer em relação a seu preparo.

É que dispõe o art. 511 do CPC que:

> No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.

Não consta dos autos a prova do preparo e nem mesmo procurou o apelante justificar *justo impedimento em não fazê-lo*, como assim o permite o art. 519 do mesmo estatuto processual, a permitir que se relevasse a pena de deserção.

A propósito, é do escólio de ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS:

> A nova regra do art. 511 do Código de Processo Civil, ditada pela Lei 8.950/94, está consagrando o entendimento de que todas as custas e despesas de movimentação recursal devam ser previamente fixadas, de forma tal que o recorrente delas tenha conhecimento antes mesmo da interposição do recurso.
>
> Assim, a parte, ao recorrer, deve instruir a petição com a prova do preparo, inclusive porte de retorno, a não ser que a legislação fiscal não preveja tal ônus.
>
> Embora prevista apenas para a apelação, é possível relevar-se a pena de deserção, por justo impedimento (art. 519), para todas as situações recursais, onde for o preparo exigido (*in Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Ed. Del Rey, 1996, p. 193).

E adverte:

> O momento exato em que a parte deve alegar o impedimento se confunde exatamente com o momento em que deve provar o preparo; logo, com a inicial do recurso, a parte já deve requerer a relevação, perdendo a oportunidade, se não o fizer de imediato (ob. cit.).

Ressalto, portanto, que o preparo constitui pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso e, em tal inocorrendo, sua deserção é de rigor, posicionamento que adotei quando do julgamento da Apelação Cível nº 258.372-7, oriunda desta mesma Comarca da Capital, ocorrido em 15.4.02, de minha relatoria, à unanimidade, e que resultou na lavratura da ementa adiante trazida à colação:

> Processual Civil - Recurso - Deserção - Não-realização do preparo no ato de interposição da apelação - Recurso não conhecido - Inteligência do art. 511 do CPC. - Em face da nova regra estabelecida pelo Digesto Processual, o recorrente deverá comprovar o preparo do recurso no ato de sua interposição, sob pena de ser decretada a deserção, o que se erige como fato impeditivo de seu conhecimento na instância revisora.

Circa meritum causae, e limitando-se a questão à ação popular, aduz seu autor que fora executada obra de terraplanagem de platô para implantação de área de lazer no Bairro São João, Município de Pouso Alegre, mediante licitação fraudulenta, com preço superfaturado e pagamento por serviços e obras não executados, pleiteando seu ressarcimento.

O digno Magistrado sentenciante, ao acolher a súplica, neste aspecto, registra que

> com razão o autor, posto que demonstrado nos autos, a meu ver, e disto estou convencido, a existência de licitação fraudulenta, superfaturamento, mesmo porque não foram licitadas obras compensadas', as quais foram pagas, estando, via de conseqüência, demonstrada a imoralidade administrativa (*litteris*, fls. 749).

Por seu turno, o laudo pericial de fls. 531/561-TJ elucida diversos aspectos de relevante interesse para o deslinde desta ação, a saber:

> 1. Objeto: execução de um platô, sobre o qual seria implantada uma área de lazer (fls. 535-TJ);
>
> 2. Condições atuais: a obra está totalmente concluída, com gramado (atualmente utilizado como campo de futebol), cerca (tela de arame galvanizado presa a mourões de concreto), traves, vestiário, apresentando satisfatória a condição geral da terraplanagem; no entanto, parte da cerca e vestiário encontra-se demolida por ação de vândalos (fls. 538-TJ);
>
> 3. Das informações colhidas junto a moradores do bairro, constatou-se que a obra foi executada em 2 etapas, sendo a 1ª de execução da terraplanagem e a 2ª do gramado, e demais benfeitorias, que a obra foi entregue totalmente concluída, que a falta de vigilância possibilitou a ação de vândalos (fls. 542/544-TJ);
>
> 4. O Secretário Municipal de Obras, o Responsável Técnico pela obra e o Fiscal de Obras de Asfalto da época confirmaram a autenticidade dos documentos relativos ao fornecimento de CBUQ pela Construtora Sagendra à Prefeitura Municipal (fls. 544-TJ);
>
> 5. Informação de que o anterior laudo pericial fora elaborado pela FEPI em junho de 1996, cuja realidade era outra, uma vez que, naquele momento, a obra ainda não estava concluída;
>
> 6. Pelos depoimentos de engenheiros e documentos anexados aos autos, constata-se que a Construtora Sagendra Ltda., no decorrer do ano de 1999, prestou diversos serviços, em caráter de urgência, pelos quais nada recebeu e que os Secretários Municipais entenderam que pela obra de terraplanagem do platô poderiam acertar os débitos com a Construtora (fls. 545-TJ);
>
> 7. A Construtora Sagendra Ltda., de acordo com os documentos e depoimentos, efetivamente constatou os seguintes serviços extras: obra de pavimentação do CAIC, fornecimento de concreto betuminoso usinado a quente e gramado, alambrado, traves e vestiário do platô (fls. 546/550-TJ).

Segundo cálculos do perito oficial, na obra de pavimentação do CAIC, houve a realização de serviços extras no valor de R$108.427,61 (cento e oito mil quatrocentos e vinte e sete reais e sessenta e um centavos) (fls. 547-TJ), no fornecimento de concreto betuminoso, o montante extra foi de R$39.081,05 (trinta e nove mil oitenta e um reais e cinco centavos) (fls. 550-TJ) e nas obras de execução de terraplanagem do platô, o valor dos serviços extra é de R$28.986,00 (vinte e oito mil novecentos e oitenta e seis reais) (fls. 550-TJ).

Importante ressaltar que, à fl. 556-TJ, apresenta o autor quesito no sentido da possibilidade ou não de os peritos afirmarem se o preço total pago pela execução das obras de terraplanagem do platô da área de lazer do Bairro São João era, à época, compatível com o valor de mercado, tendo o perito oficial afirmado que:

> os preços unitários apresentados na planilha da Construtora Sagendra, comparados com os preços constantes na revista *Construção* (vide cópia anexa), *estão dentro dos praticados no mercado* (*sic* fl. 556-TJ) (grifou-se).

O quesito de nº 9 questiona se a obra fora efetivamente realizada, sendo informado que "desde a data da nossa primeira visita já encontramos as obras executadas, e ainda mais, encontramos outros serviços executados" (*idem*, fl. 557-TJ) e que "segundo as informações colhidas foi a Construtora Sagendra quem executou a obra até o fim" (*idem*).

O quesito de nº 10 indaga se o serviço obedeceu ao que ficou estipulado no contrato celebrado entre as partes, recebendo em resposta que, quanto aos quantitativos, não (*idem*) e que, quanto à obra em si, sim (*idem*).

A resposta ao quesito de nº 11 diz que "todas as informações que colhemos indicavam que a obra foi concluída antes do ajuizamento da ação popular" (*idem*).

No quesito de nº 12, requereu o autor que informassem

> os Srs. Peritos se a contratação e o pagamento da obra de terraplanagem de platô, para implantação de área de lazer do Bairro São João, em Pouso Alegre-MG, causou lesão patrimonial ao erário público do Município de Pouso Alegre-MG (fls. 558-TJ),

cuja resposta foi no sentido de que

> *se analisarmos somente o valor contratado e o serviço executado, sem dúvida que causou lesão ao patrimônio público; mas se analisarmos o contexto todo constatamos que o Município ainda tem débitos para com a Contratada* (*idem*) (grifou-se).

Relativamente aos quesitos formulados pela ré, Construtora Sagendra Ltda., alguns aspectos devem ser ressaltados, tal qual a resposta ao quesito nº 1, em que fica patente que no ano de 1995 fora fornecido concreto usinado a quente ao Município pela construtora, no valor de R$38.586,05 (trinta e oito mil quinhentos e oitenta e seis reais e cinco centavos), sem que houvesse qualquer documento comprobatório da realização do pagamento pela Prefeitura Municipal (fls. 560-TJ).

O parecer da assistente técnica indicada pelo autor, de sua vez traz diversos pontos merecedores de destaque, tal qual ressalta que:

> a obra em questão, realizada pela Construtora Sagendra Ltda., custou ao erário público R$ 128.012,60 e, segundo laudo emitido pela Fundação de Ensino e Pesquisa de Itajubá, teria um preço justo de R$ 9.675,47 (fls. 606-TJ)

e que:

> no decorrer do processo a ré Sagendra alegou que a referida obra seria um 'acerto de contas', por serviços prestados ao Município de Pouso Alegre e não pagos, alegação colhida integralmente pelo digno perito judicial (*idem*).

Quanto ao fato de que a análise da FEPI fora feita em 1996 e a do perito oficial em 1999, apresentando divergência entre elas, a assistente técnica observa que "não está em questão o estado atual das obras, e sim o estado no momento do aceite e respectivo pagamento" e que "os serviços extras foram realizados *a posteriori* do aceite e respectivo pagamento, como já expusemos no item 2.3.2 deste parecer, não cabendo, portanto, citá-los como parte da obra realizada" (fls. 614-TJ), além do que "não faziam parte do escopo do processo licitatório 45/95" (*idem*).

Ressalta a assistente que:

> no item 8.0, folha 545 dos autos, o ilustre perito judicial se refere ao fato da obra no platô ter sido uma '-compensação' à Sagendra por serviços prestados em 1995. Esta informação explica, à primeira vista, a razão das planilhas quantitativas, do processo licitatório em questão, conterem números absurdos: tratou-se de uma licitação dirigida. É de se perguntar o tamanho do prejuízo para os munícipes, se uma outra construtora houvesse ganho esta licitação (fls. 614/615-TJ).

Aduz que:

> *não há correspondência lógica entre os valores previstos e os executados*, maiores detalhes podem ser encontrados no laudo emitido pela FEPI, às folhas 182 a 215 dos autos. *Neste laudo se demonstra de modo cabal que as quantidades de serviço previstas são extremamente superiores às quantidades de serviço realmente executadas*, havendo até mesmo serviços previstos (e pagos) e não realizados, folha 192 dos autos (fls. 616-TJ)

e que:

> *o digno perito judicial cometeu um equívoco ao responder a este quesito (quesito 7), pois foi questionado sobre o preço total pago e não sobre o preço unitário*. Assim, respondemos que o preço total pago (R$ 128.012,60) é totalmente incompatível com os valores praticados pelo mercado à época (R$ 9.675,47), conforme foi demonstrado no Laudo emitido pela FEPI, na folha 192 dos autos (idem) (grifou-se).

Quanto ao momento em que a obra foi concluída, assevera que:

> aparentemente, a obra foi concluída parcialmente antes do ajuizamento da ação popular. Porém, é patente que houve obras após 30.05.1996, pois nesta data não foi constatada a presença de gramado, alambrado, vestiário e traves. Podemos afirmar, então, que a execução destes serviços não contratados se deu após o início do processo em trâmite na Câmara (fls. 616/617-TJ),

concluindo o quesito nº 13 que:

torna-se inexplicável como a licitação 45/95 poderia servir para um 'acerto de contas' da licitação 44/95, se nem ao menos se sabia que haveria serviços extras na obra e que a vencedora das duas licitações seria a mesma empresa (fls. 617-TJ).

Do mesmo modo, pertinente o destaque de pontos eriçados no relatório expedido pelo assistente técnico da Construtora Sagendra Ltda., tal qual a informação de que:

> os serviços contratados pela FEPI foram avaliados, conforma consta do citado laudo, considerando os preços de serviços publicados pela revista *Construção - Minas/Centro-Oeste*, de fevereiro de 1996. Na página 06 do referido laudo, consta a seguinte explanação, explicando a metodologia adotada na avaliação dos serviços realizados: Foi realizado, ainda, um levantamento do justo preço dos serviços efetivamente realizados. Este levantamento tomou como base os preços médios de serviços em Minas Gerais, publicados pela revista *Construção - Minas/Centro-Oeste*, edição de fevereiro de 1996 (fls. 623-TJ).

Assevera que, ao apresentar os custos das obras de terraplanagem da área de lazer, a FEPI não considerou o *BDI*, que corresponde à bonificação e às despesas indiretas da obra, tais como impostos e taxas, custos administrativos, fretes, remuneração de pessoal técnico, ferramentas, depreciação de equipamentos próprios, dentre outras despesas eventuais, de tal sorte que:

> o orçamento para a execução das obras apresentado pela FEPI não inclui o BDI, portanto, contempla apenas os custos de mão-de-obra direta (operários, tais como: serventes, operadores de máquinas, mecânicos, etc.) e equipamentos (fls. 624-TJ).

Diz ainda o mesmo assistente técnico da ré que, conforme comprovado no laudo pericial oficial, o Município de Pouso Alegre pagou à empresa, para a implantação da avenida do CAIC, o valor de R$129.929,39 (cento e vinte e nove mil novecentos e vinte e nove reais e trinta e nove centavos), e para a terraplanagem no Bairro São João, o valor de R$128.093,68 (cento e vinte e oito mil noventa e três reais e sessenta e oito centavos), totalizando o valor de R$258.023,07 (duzentos e cinqüenta e oito mil vinte e três reais e sete centavos), ao passo que os custos reais das obras efetivamente realizadas e do fornecimento de CBUQ, foram de R$238.357,81 (duzentos e trinta e oito mil trezentos e cinqüenta e sete reais e oitenta e um centavos), para a implantação da avenida do CAIC, R$43.015,43 (quarenta e três mil quinze reais e quarenta e três centavos) (R$14.029,43, correspondentes às obras de terraplanagem do Bairro São João e R$28.986,00, correspondentes às obras de implantação de alambrado, traves, vestiário e gramado) e R$39.081,05 (trinta e nove mil oitenta e um reais e cinco centavos), referentes ao fornecimento de CBUQ ao Município (fls. 626-TJ).

Termina por afirmar ser ela

> credora do Município de Pouso Alegre em quantia de R$ 62.431,22 (sessenta e dois mil, quatrocentos e trinta e um reais e vinte e dois centavos) (fls. 627-TJ).

E, mediante a apresentação de quesitos suplementares, o perito oficial asseverou que nos valores apresentados pela FEPI não estão computadas as bonificações e despesas indiretas (BDI) com a obra, pois

> em todos os preços fornecidos pela revista *Construção* não estão incluídos o *BDI*. Em todas as publicações, a editora deixa claro que este item é variável, depende do porte de cada empresa (fls. 634-TJ).

Considerando que é praxe incluir o *BDI* nos orçamentos das obras realizadas pelo regime de empreitada global, segundo o perito oficial, à razão de até 50% (cinqüenta por cento) do valor da obra, o *quantum* apurado pela FEPI (R$9.675,47 - nove mil seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), acrescido de referido percentual, perfaz o total de R$14.513,20 (quatorze mil quinhentos e treze reais e vinte centavos) (fls. 635-TJ).

A FEPI-Fundação de Ensino e Pesquisa de Itajubá -, por seu turno, no relatório de fls. 182/215-TJ, confirma a discrepância entre os valores praticados pela Construtora Sagendra Ltda. e os valores de mercado das obras e serviços, dando conta de um superfaturamento de 1.154,58% (fls. 190-TJ).

Neste ponto, já se podem tirar duas importantes e inarredáveis conclusões: *a uma*, a obra de terraplanagem da área de lazer do Bairro São João, objeto da presente ação popular, de fato, foi superfaturada, pois, uma vez constatado por perícia que o valor da obra, acrescido do *BDI-Bonificações e Despesas Indiretas* -, seria de R$14.513,20 (quatorze mil quinhentos e treze reais e vinte centavos), como poderia o contrato ter sido celebrado no valor de R$128.093,68 (cento e vinte e oito mil noventa e três reais e sessenta e oito centavos (fls. 52/56-TJ)?

A segunda conclusão é a de que houve manifesta fraude aos princípios e normas de licitação pública, pois, além de o perito oficial afirmar que documentos anexos aos autos e depoimentos de engenheiros comprovarem que:

> no decorrer do ano de 1995 a Construtora Sagendra Ltda. prestou diversos serviços à Prefeitura Municipal de Pouso Alegre,..., pelos quais nada recebeu e que os Secretários Municipais, com a anuência do Prefeito, entenderam que através da obra denominada Terraplanagem do Platô da Área de Lazer do Bairro São João, poderiam acertar os débitos para com a Construtora Sagendra,

nas contestações dos próprios réus, Construtora Sagendra Ltda. e João Batista Rosa, há afirmações no sentido de que a licitação de terraplanagem do platô foi um *acerto de contas*, conforme se pode constatar a seguir:

> Contestação da Construtora Sagendra Ltda. *na realização das obras focalizadas na ação popular, foi feito o acerto destas contas*. O débito da empreiteira preexistia. Era de alto valor. Perdera-se a oportunidade para o seu pagamento no âmbito dos contratos anteriormente celebrados, uma vez encerradas as respectivas obras e fornecimentos. Decidiu o Município promovê-lo, utilizando, certamente, as verbas alocadas para os serviços promovidos no bairro São João. Não houve superfaturamento, nem enriquecimento sem causa, *mas simples pagamento de débito vencido e reconhecido*. A propósito, a empresa continua credora do Município, por serviços que também ainda não foram pagos. No próprio platô do bairro São João, serviços outros foram realizados, indiferentes de pagamento (*litteris*, fl. 350-TJ) (grifou-se).
>
> Contestação de João Batista Rosa: na verdade, não houve enriquecimento ilícito do Réu e nem sequer prejuízo ao Município de Pouso Alegre. A empreiteira Sagendra ganhou várias licitações e executava várias obras para o Município. Para atender necessidades prementes e urgentes do Município, a empreiteira Sagendra, também Ré nesta ação, prestou diversos serviços, como o fornecimento de Concreto Betuminoso Usinado a Quente-CBUQ, no valor de R$ 39.081,05 como prova a medição de serviço, sem receber o devido pagamento. Também na Carta Convite nº 44/95 (serviço de pavimentação da Avenida do CAIC e acesso ao centro), surgiram necessidades que exigiram aumento de quantitativos e realização de serviços não previstos no edital. A outra Ré fez o serviço, atendendo necessidade do Município. A urgência dos serviços não permitiam esperar o tempo necessário para fazer nova licitação. *Assim, a outra Ré, antes mesmo do início das obras objeto desta ação popular, já era credora do Município. Houve, então, compensação de seu crédito, que não lesou o Município*. Pelo contrário, a empreiteira levou até prejuízo e o Município se enriqueceu com diversos serviços feitos e não pagos (idem, fls. 441/442-TJ) (*idem*).

Pergunta-se: se as obras pelas quais a Construtora Sagendra Ltda. nada teria recebido (fornecimento de CBUQ e pavimentação da Avenida do CAIC) foram realizadas em 1995 e o procedimento licitatório para a terraplanagem do platô se deu posteriormente, com manifesto intuito de quitar os débitos para com a primeira, como sabia previamente o Município de Pouso Alegre que seria a Construtora Sagendra Ltda. a vencedora do certame? Certamente não foi por obra e graça de recurso à futurologia.

Como se não bastasse, o Edital nº 45/95 (fls. 57/61-TJ) enuncia o procedimento licitatório, na modalidade carta-convite, tipo menor preço; pergunta-se: se, por perícia, fora constatado que o valor da obra não poderia ultrapassar R$14.513,20 (quatorze mil quinhentos e treze reais e vinte centavos) e se fora proposto pela Construtora Sagendra Ltda. o valor de R$128.093,68 (cento e vinte e oito mil noventa e três reais e sessenta e oito centavos), manifestamente superfaturado, como poderia ser a ganhadora do certame no tipo menor preço?

Por óbvio, havia o conluio de outras pessoas na deflagração do procedimento fraudulento, inclusive das demais concorrentes.

Comprovado, portanto, o primeiro requisito para a procedência da ação popular: a ilegalidade, exteriorizada mediante depoimentos, testemunhos, documentos e prova técnica.

Quanto ao segundo requisito cumulativo para procedência da ação popular, a lesividade, a perícia oficial é enfática ao afirmar a existência de obras de pavimentação da Avenida do CAIC e fornecimento de Concreto Betuminoso Usinado a Quente - CBUQ - sem o devido pagamento pela Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, uma vez que não foram encontrados documentos que comprovam a saída de recursos dos caixas da Municipalidade para este fim, além de serviços extras na própria terraplanagem do platô, objeto desta ação.

Ademais, o próprio Município de Pouso Alegre, pelo seu atual Prefeito Municipal - legislatura 2001/2004 - diga-se, o eventual maior interessado na procedência da ação, visto que o destinatário da devolução de recursos pelos réus, em suas alegações finais, afirmou textualmente:

> Município de Pouso Alegre, por seus procuradores, nos autos da ação popular promovida por Francisco Rafael Gonçalves, que se processa perante esse

douto Juízo, vêm, respeitosamente, à ilustre presença de V. Exa., em alegações finais, dizer que a obra objeto destes autos foi concluída de forma regular, não trazendo nenhum dano à Municipalidade, conforme demonstrado no decorrer na instrução do processo (*litteris*, fls. 696-TJ).

Ora, não havendo lesividade ao erário, no aspecto puramente material, considerando-se que o pedido da ação popular se cinge ao ressarcimento de dano material aos cofres municipais (fls. 12/13-TJ), visto que comprovada nos autos a conclusão das obras de terraplanagem do platô - objeto da ação -, somado à existência de obras extras realizadas pela Construtora Sagendra Ltda., e não pagas pelo Município, mediante constatação de perícia, não há falar, em sua procedência, já que, para tanto, exige-se a ocorrência, concomitante, de ilegalidade e lesividade ao ente público, conforme amplamente salientado no intróito deste julgado.

Não obstante, cumpre transcrever outras decisões dos tribunais a esse respeito, conforme traz à tona JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *verbis*:

> 'Não tendo havido lesão patrimonial ao erário municipal, não procede ação popular' (TJSP, em *RDA*, 110:260). 'Sem o requisito da lesividade, não pode vingar a ação popular' (TJSP, em *RDA*, 111:289). 'É pressuposto de ação popular a efetiva lesão do patrimônio público' (TASP, em *RDA*, 63:237). 'Na ação popular, o autor não age em defesa de interesse pessoal, mas do bem coletivo' (TJSP, em *RDA*, 114:296). 'A ação popular contra atos lesivos do patrimônio público restringe-se a apurar se eles são nulos ou anuláveis' (STF, em *RDA*, 63:164). 'Somente contra o ato nulo e anulável é cabível ação popular' (TASP, em *RDA*, 63:222). 'A legitimidade *ad causam*, na ação popular, decorre do interesse em defender o patrimônio público' (STF, em *RDA*, 112:299)(*in Direito Administrativo perante os Tribunais*, Ed. Forense Universitária, 1994, p. 190).

Neste eg. Tribunal de Justiça, além das decisões alhures mencionadas, enfileira-se outra no mesmo sentido:

> Administrativo/Constitucional. Ajuste celebrado pela forma de convênio por Petrobras e DER/MG, com interveniência da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas. Ação popular, objetivando a declaração de nulidade do acordo e a condenação dos responsáveis ao ressarcimento do erário. Pedidos julgados improcedentes. Apelação. Ajuste com natureza jurídica de contrato público, não obstante a denominação e a forma de convênio. Ausência de prova de efetivo prejuízo ao erário. Apelo parcialmente provido, declarando-se a nulidade do instrumento e condenando-se os responsáveis ao pagamento das custas, ao meio, e honorários fixados com base no § 4º do art. 20 do CPC (3ª CC, Apelação Cível nº 204.104-4, Rel. Des. Aloysio Nogueira, *DJ* de 23.11.01).

Sem sombra de dúvida, nestes autos, comprovou-se a ocorrência de graves ilegalidades no seio da Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, mais precisamente nos anos de 1995/1996, quando houve a realização de licitação fraudulenta e superfaturamento de obras e serviços, violando princípios superiores da Administração Pública, notadamente a moralidade, legalidade e impessoalidade, norteadores de todos os atos por ela expedidos.

Cumpre observar que, anexo ao parecer exarado pelo Representante do Ministério Público da Comarca de Pouso Alegre (fls. 701/738-TJ), há a cópia de um ofício encaminhado à Dra. Kátia de Castro Vilas Boas (fls. 739-TJ), Promotora de Justiça e Curadora do Patrimônio Público, na mesma Comarca, encaminhando a cópia integral dos autos nº 009602-8/96,

> Ação Popular proposta por Francisco Rafael Gonçalves contra João Batista e Outros, com trâmites pela 2ª Vara Cível desta cidade, tendo em vista a existência de uma licitação fraudulenta e superfaturamento de obras e serviços, para conhecimento e providências que entender cabíveis.

Evidentemente, não deve furtar-se o *Parquet* de sua competência constitucional, mediante ação civil pública, para as providências cabíveis, quanto aos aspectos cível, administrativo e criminal.

Da mesma sorte não se cerca o autor popular quanto à efetiva ocorrência de lesividade ao patrimônio público de Pouso Alegre, na medida em que, não obstante esteja evidenciada a efetivação de licitação fraudulenta e o superfaturamento de obras e serviços, da mesma forma, há a comprovação de serviços outros e extras pela mesma construtora que se beneficiou do certame, sem que tenha havido a contrapartida em dinheiro por parte do Município, pelo que dos autos consta.

A se admitir o ressarcimento ao Município do valor superfaturado da licitação das obras de terraplanagem, conforme requereu o autor popular, estar-se-á admitindo, na mesma via, o enriquecimento sem causa do ente público, que se beneficiou de serviços prestados, e não pagos à Construtora Sagendra Ltda.

O enriquecimento sem causa se aflora, de forma cristalina, no caso *sub examine*, e que, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, é aquele que,

> se promove empobrecendo injustamente outrem, sem qualquer razão jurídica, isto é, sem ser fundado numa operação jurídica considerada lícita ou uma disposição legal. O enriquecimento ilícito gera o locupletamento à causa alheia, que justifica a ação de *in rem verso* promovida pelo empobrecido injustamente. Esta ação também se diz de locupletamento e tem por objetivo fazer o locupletado (enriquecido) restituir a coisa indevidamente recebida, ou indenizar o empobrecido do valor da coisa com que se enriqueceu (locupletou) indevidamente.

E a Justiça não pode abrir caminho à sua perpetração, por caracterizá-lo como ato ilícito e imoral, atentatório contra a eqüidade e condenado por todos os juízes e tribunais, visto que, sem regra legal explícita, é princípio geral de direito, universalmente reconhecido, o de que *ninguém pode se locupletar com a jactura alheia*.

Esse princípio tem sua origem na antigüidade remota, como assinalam textos do Direito Romano (Ulpiano, Pompônio, etc.).

E, a despeito de não ser ele disciplinado, expressamente, pelo nosso Código Civil, mesmo assim não é tolerado o enriquecimento indevido.

É, contudo, encontrado nos arts. 513, 515, 541, 613, 964, 1.332, dentre outros, do CC de 1916, a ensejar, inclusive, a ação *in rem verso*, que se baseia também em princípios clássicos da Justiça e do Direito, como salienta Cunha Gonçalves: *Dar a cada um o seu* (suum cuique tribuere), *não lesar ninguém* (neminem laedere).

Seus contornos históricos deste princípio, sua evolução e aplicação em todos os ordenamentos jurídicos dos países civilizados restam demonstrados em estudo da boa doutrina de JORGE AMERICANO (*Ensaio sobre o Enriquecimento sem Causa*, Saraiva Editores, 1933); VALLE FERREIRA (*Enriquecimento sem Causa*, Oscar Nicolai, 1950); CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*, v. XII, 2ª ed., 1938, Livraria e Editora Freitas Bastos); ALEXANDRE CORRÊA E GAETANO SCIASCIA (*Manual de Direito Romano*, 6ª ed., Ed. RT); SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil Aplicado*, 1983, v. 2, Ed. Saraiva); CAIO MÁRIO (*Instituições de Direito Civil*, v. II, 16ª ed., Ed. Forense, 1998); ORLANDO GOMES (*Obrigações*, 11ª ed., 1997, Ed. Forense); OSWALDO OPITZ (*Teoria e Prática das Obrigações*, Livraria Sulina Editora, 1973); AGOSTINHO ALVIM (Do Enriquecimento sem Causa, Revista Forense 173, p. 47/67) e L. P. MOITINHO DE ALMEIDA (*Enriquecimento sem Causa*, 3ª ed., Almeida Coimbra, 2000), além de outros, plenamente aplicáveis à espécie dos autos.

E, como adverte PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado de Direito Privado* (parte especial, v. 26, p. 120, 3ª edição, Editor Borsoi, 1971), que:

> Cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se uma retira, por ato seu, ou não, do patrimônio da outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou do próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é injustificado.

É o que se aflora do processado, como restou demonstrado.

É o que vem decidindo, *mutatis mutandis*, este eg. Sodalício:

> Embargos à execução. Serviços prestados à Administração Pública. Irregularidades. Irrelevância. Endosso em branco. Portador. Legitimidade. Recurso improvido. - O fato de haver irregularidades no processo de contratação por parte da Administração Pública não exime esta do pagamento da obrigação contraída, sob pena de locupletamento. O portador de título endossado em branco tem legitimidade para propor a sua execução em juízo (5ª CC, Apelação Cível nº 291.350-7, Comarca de Caratinga, Rel. Des. Maria Elza, j. em 19.9.02, *DJ* de 22.10.02).

> Direito Administrativo. Prestação de serviços. Pagamento. Ação de cobrança. Município. Enriquecimento sem causa. Vedação. - A Administração não pode deixar de pagar pelos serviços realizados em benefício do Município, uma vez que a ordem jurídico-constitucional rechaça o enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular. Em reexame necessário, confirma-se a sentença (4ª CC, Apelação Cível nº 2362.767-4, Comarca de Andrelândia, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 7.2.02, *DJ* de 27.2.02).

> Ação de cobrança - Município - Aquisição de materiais de construção - Inadimplência. - Impõe-se ao município o pagamento de materiais adquiridos e comprovadamente entregues, sob pena de enriquecimento ilícito, não valendo o argumento de ilegalidade do contrato (5ª CC, Apelação Cível nº 233.342-5, Rel. Des. Campos Oliveira, j. em 14.2.02, *DJ de* 8.3.02).

Por ser a lesividade requisito indispensável para a procedência da ação popular é que a responsabilização dos réus pela concretização de atos ilícitos, imorais e fraudulentos não pode ser obtida por esta via processual, sob pena de violação legal.

O Estado Democrático de Direito exige a submissão de todos, pessoas físicas e jurídicas, e atos

por ela expedidos, à ordem jurídica posta, pelo que não pode o Poder Judiciário furtar-se à observância da conjugação dos requisitos da ilegalidade e lesividade, para a procedência da ação popular, não obstante a manifesta existência de um deles, tal qual é a hipótese aqui posta em discussão, quanto à ilegalidade.

Por derradeiro, apenas a título de elucubração, embora a licitação e a celebração do correspondente contrato sejam nulas, por ilegais, a decretação de suas nulidades, como requer o autor popular, apresenta-se inócua, na medida em que já tiveram seus atos e efeitos exauridos no tempo, tão-somente por não mais estarem em vigor.

Ao impulso de tais considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso interposto pelo autor popular Francisco Rafael Gonçalves e dou provimento ao recurso da Construtora Sagendra Ltda., para julgar improcedente o pedido constante da ação proposta, em virtude da inexistência de lesão sofrida pelo Município de Pouso Alegre, na forma da lei, invertidos os ônus da sucumbência, não conhecendo dos recursos interpostos por João Batista Rosa e SAV-Santana Valadares Mineração Ltda.

Custas recursais, pelo autor popular.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Cuida-se de remessa necessária e de quatro recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Francisco Rafael Gonçalves, João Batista Rosa, SAV-Santana Valadares Mineração Ltda. e Construtora Sagendra Ltda., contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre que, nos autos de uma ação popular proposta pelo primeiro apelante em face do Município de Pouso Alegre e do terceiro e quarto apelantes, julgou, parcialmente, procedente o pedido, para declarar nulo o contrato que deu origem à ação e para condenar os réus a devolverem ao Município a importância de R$113.983,17 (cento e treze mil, novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), acrescidos de correção monetária e juros moratórios a partir da data do pagamento ilegal, que corresponde à lesão patrimonial; condenando-os, também, no pagamento da multa civil, que foi arbitrada em uma vez o valor da condenação, além de proibi-los de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos, incluídos os quotistas da empresa, e suspensão de direitos políticos por oito anos do réu João Batista Rosa.

É o breve relato. Passo a decidir.

Conheço da remessa necessária e dos recursos voluntários interpostos por Francisco Rafael Gonçalves e Construtora Sagendra Ltda., visto que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

Acompanho o douto Relator Dorival Guimarães Pereira nas seguintes preliminares:

a) no que tange ao não-conhecimento dos recursos de apelação aviados, respectivamente, por SAV-Santana Valadares Mineraçães Ltda., Eduardo Valadares de Andrade, Marcelo Valadares de Andrade e Porfírio Valadares de Andrade, estes na qualidade de terceiros prejudicados, e de João Batista Rosa.

b) em relação à rejeição da preliminar de nulidade da sentença.

c) no que pertine à impossibilidade jurídica de se aplicarem as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, previstas na Lei nº8.429/92, na esfera da ação popular, vez que esta ação não poderia ter assumido a finalidade da ação de improbidade administrativa, com suas correlatas condenações, já que "a natureza distinta das sentenças proferidas nesses dois tipos de ações, aliada às diferenças na legitimidade para as causas, numa e noutra hipótese, nos leva à conclusão de que não cabe ação civil pública com pedido típico de ação popular, e vice-versa (HELY LOPES MEIRELLES. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 25 ed., p. 166).

No mérito, acompanho, parcialmente, o douto Relator.

Em seu bem-fundamentado voto, o douto Relator demonstra, de forma inequívoca, que:

a) a obra de terraplanagem da área de lazer do Bairro São João, objeto da presente ação popular, de fato, foi superfaturada, visto que o valor do contrato foi celebrado em R$128.093,68 (cento e vinte e oito mil noventa e três reais e sessenta e oito centavos), sendo que o valor da obra, mesmo acrescido do BDI - Bonificações e Despesas Indiretas -, seria apenas de R$14.513,20 (quatorze mil quinhentos e treze reais e vinte centavos).

b) houve manifesta fraude aos princípios e normas de licitação pública, sendo o procedimento licitatório nitidamente fraudulento.

Destarte, restou comprovado o primeiro requisito para a procedência da ação popular: a ilegalidade.

A lesividade, segundo requisito para a procedência da ação popular, no entendimento do douto Relator, não restou caracterizada, visto que o superfaturamento havido no processo licitatório compensou os débitos que o Município de Pouso Alegre possuía com a Construtora Sagendra Ltda., não havendo, pois, prejuízo ao Município. Prova disso, segundo o douto Relator, foram as alegações finais apresentadas pelo Município de Pouso Alegre, cujo teor revela a regularidade da obra e a inocorrência de dano à Municipalidade.

Com a devida vênia, divirjo do douto Relator, porquanto não restou provada a referida compensação nem a realização das obras por parte da Construtora Sagendra.

A esse respeito, é revelador o excelente parecer formulado pelo douto Promotor de Justiça Joaquim Emboaba, às fls. 701/738-TJ, cujo teor adoto como fundamentação:

> Ao alegarem que as fraudes cometidas no processo licitatório foram praticadas para compensação de crédito em favor da requerida Construtora Sagendra Ltda., os requeridos atraíram para si, os ônus de provar suas alegações, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.
>
> Ao analisarmos as provas carreadas para os autos, verifica-se que os requeridos não se desincumbiram do ônus que lhes cabia. (...)
>
> O próprio requerido João Batista Rosa e as pessoas que integraram sua administração em seus depoimentos negam a alegada compensação de crédito, conforme se verifica pelas seguintes transcrições:
>
> 'que quando autorizou a licitação foi para finalidade específica da construção de uma área de lazer no Bairro São João, que foi totalmente pronta e acabada; que não fez nenhum acordo com a segunda suplicada de compensação de débito isto porque ela concluiu a obra;
>
> 'que quando abriu licitação esta foi exclusivamente para a obra no platô do Bairro São João, uma obra de lazer... que o pagamento foi feito tão somente em relação a obra do platô São João; que o depoente não tem conhecimento de alguma compensação 'não me recordo'... que confirma exatamente o que se encontra nos autos, ou seja, que a licitação foi feita especificamente para o obra do platô São João, que não tem conhecimento da existência de compensação de serviços feitos pela segunda suplicada... que nos casos de contrato de emergência a firma contratada evidentemente cobrava e recebia pelo serviço... que os pagamentos na prefeitura municipal eram feitos pela tesouraria e o depoente não teve conhecimento de serviços executados pela segunda suplicada não pagos... que afirmou que as empresas contratadas em caso de emergência recebiam porque todos os processos tinham que passar pelo setor que o depoente dirigia... que fiscalizou as obras do platô São João na colocação do asfalto; que na obra em si não trabalhou; que não sabe se o município fez ou não o contrato com a segunda suplicada; que no tempo que estava lá fiscalizando as ruas a Sagendra recebeu não sabendo quanto'.
>
> Quanto à alegação de que os serviços contratados na Carta Convite nº 44/95 tiveram que ser aumentados e ainda houve a prestação de serviços não contratados gerando um crédito de aproximadamente R$100.000,00 (cem mil reais) em favor da segunda suplicada Construtora Sagendra Ltda., temos a esclarecer e deixar consignado que tal não restou provado nos autos. Além do mais, a segunda suplicada somente poderia prestar os serviços contratados e para aqueles que não foram contratados, era necessária a realização de nova licitação.
>
> Alegou-se ainda que houve o fornecimento de Concreto Betuminoso Usinado a Quente - CBUQ, sem o devido pagamento, gerando um crédito de R$39.081,05 (trinta e nove mil, oitenta e um reais e cinco centavos).
>
> Estas alegações foram objeto de questionamentos por parte da requerida Construtora Sagendra Ltda., na perícia realizada nos autos, conforme se verifica pelos quesitos apresentados às fls. 510 dos autos.
>
> No entanto, o mais importante a demonstrar a fraude perpetrada e botar uma pá de cal nas mentirosas afirmações dos requeridos, está a análise perspicaz feita do tema pela engenheira civil Cidélia Maria Barbosa Lima, na perícia acostada às fls. 605/618 dos autos...
>
> 'No item 8.0, folha 545 dos autos, o ilustre perito judicial se refere ao fato da obra no platô ter sido uma 'compensação' à Sagendra por serviços prestados em 1995. Esta informação explica, à primeira vista, a razão das planilhas quantitativas, do processo licitatório em questão, conterem números absurdos: tratou-se de uma licitação dirigida. É de se perguntar o tamanho do prejuízo para os municípes, se uma outra construtora houvesse ganho esta licitação.
>
> Porém, esta explicação deixa obscura uma disparidade de datas: se esta obra foi uma compensação às despesas extras na obra de pavimentação do CAIC, como se explicam as licitações terem sido realizadas no mesmo dia (18.10.1995) e os contratos para realização das obras também terem sido assinados no mesmo dia (25.10.1995) - como se poderia prever que seriam necessárias obras extras na pavimentação do CAIC, antes mesmo da licitação ter sido realizada?

Quesito 1. A única documentação que comprova estes serviços é uma planilha de medição (folha 395 dos autos) e uma série de Vales de Viagem de Carreteiro - em sua maioria preenchidos de modo precário - não havendo nenhuma outra documentação correspondente, tais como Notas de Empenho, Contratos de Fornecimento ou Notas Fiscais. Assim, é prudente questionar a confiabilidade destas informações, que foram confirmadas por um ocupante de cargo de confiança da Prefeitura e um funcionário da ré (Sagendra). A verificação destas informações demandaria um trabalho de investigação de grande vulto e grande demora, pois deveriam ser ouvidos diversos funcionários da Prefeitura e empreiteiras contratadas pela Prefeitura e verificados todos os contratos e documentos relativos ao fornecimento de serviços e materiais pela Sagendra à Prefeitura. (...)

Quesito 3. A única documentação que comprova estes serviços é uma planilha de medição (folhas 384 a 388 dos autos), não havendo nenhuma outra documentação correspondente, tais como Notas de Empenho, Contratos de Fornecimento ou Notas Fiscais. Assim, é prudente questionar a confiabilidade destas informações, que foram confirmadas por um ocupante de cargo de confiança da Prefeitura e um funcionário da ré (Sagendra). A verificação destas informações demandaria um trabalho de investigação de grande vulto e grande demora, pois deveriam ser ouvidos diversos funcionários da Prefeitura e da ré (Sagendra), além da realização de diversos trabalhos de engenharia (levantamentos topográficos, sondagens de subsolo). (...)

Os supostos serviços extras realizados pela Construtora Sagendra Ltda., conforme demonstrado supra, não restaram provados nos autos e não poderiam ser pagos na licitação nº 45/95, posto que, referidos serviços foram realizados na licitação nº 44/95, cuja concorrência e a assinatura do contrato se concretizaram no mesmo dia dos mesmos eventos da licitação nº 45/95, portanto, esta não poderiam ser previstos naquela data a necessidade de tais serviços extras. Os supostos serviços extras que teriam sido realizados pela Construtora Sagendra Ltda., não restaram provados, reafirme-se mais uma vez.

O próprio perito oficial afirma às fls. 542 e 552 dos autos que não foram encontrados documentos nos arquivos municipais que comprovem a realização de serviços extras no platô do Bairro São João.

Como dar-se credibilidade a tese de fornecimento do CBUQ se a única prova são vales de transporte, preenchidos precariamente, documentos unilaterais e que não provam a efetiva entrega do material e que somente foram confirmados por pessoas interessadas na improcedência desta ação popular?

(...) De tudo isso revela que o Município pagou R$128.012,60 (cento e vinte e oito mil, doze reais e sessenta centavos) por uma obra que deveria ter custado R$14.029,43 (Quatorze mil, vinte e nove reais e quarenta e três centavos), já incluído o BDI reclamado pela requerida Construtora Sagendra Ltda., ou seja, teve um prejuízo de R$113.983,17 (Cento e treze mil, novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos). Ou então pagou oito (08) vezes o valor de mercado das obras e serviços, o que representa um escandaloso superfaturamento, com prejuízos para o Município e vantagens indevidas aos requeridos.

As alegações finais apresentadas pelo Município de Pouso Alegre, cujo teor revela a regularidade da obra e a inocorrência de dano à Municipalidade, não têm o condão de afastar a lesividade ao patrimônio público acima demonstrada. Isso porque, há, nos autos, uma petição do mesmo Município, às fls. 338/339-TJ, em que se requer a procedência da ação popular, ao fundamento de que,

> há evidente interesse público no acolhimento da ação, uma vez que a perícia já realizada, e juntada aos autos na forma do art. 427, CPC, demonstrou a existência de superfaturamento na execução da obra, bem como o desrespeito às previsões da Lei nº 8.666/93. Restaram, assim, violados os princípios da legalidade e moralidade, a autorizar a procedência de todo o pedido.

A mudança de posição do Município de Pouso Alegre causa perplexidade e somente pode ser explicada pelos "interesses espúrios" que movem a conduta de determinados administradores da coisa pública.

Comprovados os pressupostos da ilegalidade e lesividade ao erário público, impõe-se a manutenção de parte da sentença que declarou nulo o contrato que deu origem à ação popular, para condenar os réus a devolverem ao Município a importância de R$113.983,17 (cento e treze mil, novecentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), acrescidos de correção monetária e juros moratórios a partir da data do pagamento ilegal, que corresponde à lesão patrimonial.

Por fim, razão assiste ao apelante Francisco Rafael Gonçalves quando pleiteia a correta fixação dos honorários advocatícios, pois estes, em virtude de a ação popular apresentar caráter subsidiariamente condenatório, deveriam ser arbitrados nos moldes do art. 20, parágrafo 3º, do CPC, e não com fundamento no art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

Assim, tendo em vista o zelo profissional do patrono do apelante, a complexidade da demanda, além de sua natureza e importância, fixo os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Francisco Rafael Gonçalves, para fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nego provimento ao recurso aviado por Sagendra Ltda. e não conheço dos recursos interpostos por João Batista Rosa e SAV-Santana Valadares Mineração Ltda.

Custas recursais, pela Sagendra Ltda.

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

Súmula - NÃO CONHECERAM DOS TERCEIRO E QUINTO RECURSOS, NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO, REJEITARAM UMA PRELIMINAR, ACOLHERAM OUTRA, DERAM PROVIMENTO AO QUARTO RECURSO (CONSTRUTORA SAGENDRA LTDA.), VENCIDA PARCIALMENTE A REVISORA.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA DE BENS - CASAMENTO - REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL - BEM ADQUIRIDO COM VALORES PERTENCENTES EXCLUSIVAMENTE AO OUTRO CÔNJUGE EM SUB-ROGAÇÃO A BEM DE SUA EXCLUSIVA PROPRIEDADE - CONSTRUÇÃO DE ACESSÃO EM TERRENO DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DE UM DOS CÔNJUGES - PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA DO OUTRO CÔNJUGE - AUSÊNCIA DE PROVA - EXCLUSÃO DA PARTILHA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - FINS PROTELATÓRIOS - DESCARACTERIZAÇÃO - MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC - DESCABIMENTO

- A teor do art. 269 do Código Civil de 1916, hoje art. 1.659 do novo Código Civil, tratando-se de casamento realizado sob o regime da comunhão parcial, está excluído da comunhão o bem adquirido com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares.

- Na partilha de bens decorrente da dissolução do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, a ausência de comprovação de que um dos cônjuges participou financeiramente na construção da acessão sobre terreno de exclusiva propriedade do outro cônjuge impede o partilhamento do referido bem.

- A inexistência de demonstração, nos autos, do caráter protelatório dos embargos de declaração opostos impede a condenação do recorrente ao pagamento da multa estabelecida no parágrafo único do art. 538 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 343.650-8/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Inventário judicial - Partilha de bens - Regime da comunhão parcial - Embargos de declaração - Fins protelatórios - Não-caracterização. - "A teor do art. 269 do CC/1916, hoje art. 1.659 CC/2002, estão excluídos da comunhão os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares". "Benfeitorias são obras feitas em bem imóvel ou móvel para conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo. Lado outro, acessão é modo originário de aquisição do domínio pelo aumento do volume do valor da coisa; é a incorporação de uma coisa móvel (acessória) à coisa imóvel (principal), *v.g.*, construções e plantações". "As acessões não se transferem ao casal, mas ao cônjuge que as fez".

Acórdão

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

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Aludem os autos, em inventário judicial, ajuizado por E.G.J., aqui apelante, em face de sua ex-esposa L.M., que teve trâmite na Segunda Vara Cível da Comarca de Uberaba, objetivando a partilha de um bem imóvel, onde residem atualmente a requerida e os filhos do casal; asseverou que, quando

da separação judicial, ficou acordado que referido bem seria dividido no julgamento da partilha; aludiu, ainda, que, ante a impossibilidade de composição amigável, aliada ao fato de o imóvel não comportar divisão cômoda, há de se aplicar o disposto do artigo 1.777 do Código Civil, procedendo à hasta pública; juntou documentos.

Citada, a requerida ofertou sua peça de contestação asseverando que o imóvel, objeto da demanda, não é comunicável; sustentou a impossibilidade de sua venda (fls. 34/41-TJ).

Depoimento pessoal das partes às fls. 64/65-TJ; o Ministério Público entendeu desnecessária sua intervenção no feito (fls. 79/79-v.-TJ); sentença prolatada (fls. 81/84-TJ) julgando improcedente o pedido exordial; interpostos embargos declaratórios (fls. 87/91-TJ) pelo requerente e rejeitados às fls. 93/94-TJ, com aplicação de multa de 1% sobre o valor dado à causa, a ser revertido em favor da requerida.

Inconformado, aviou o presente recurso (fls. 97/107-TJ), com contra-razões apresentadas às fls. 109/114-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às fls. 123/123-v.-TJ entendendo desnecessária sua intervenção no feito.

Data venia, no tocante à partilha do bem e objeto da demanda, o MM. Juiz de Direito *a quo* decidira a questão com acerto; as razões lançadas no apelo recursal não tisnam, nem de leve, os fundamentos expedidos na sentença vergastada.

Observa-se, neste caderno processual, que as partes se casaram pelo regime de comunhão parcial de bens (fls. 06-TJ, autos apensos); a teor do art. 269 do CC/1916, hoje art. 1.659 do CC/2002, estão excluídos da comunhão os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.

Consoante documentos de fls. 98/101-TJ, autos em apenso, quando da realização do casamento, a apelada era proprietária de um imóvel localizado na Avenida B. em Uberaba.

Em seu depoimento (fls. 170/171-TJ, dos autos em apenso), o apelante deixou consignado que:

> inicialmente a casa foi adquirida com a venda de um apartamento que ganharam do genitor de L. como presente de casamento, com reserva de usufruto a sua genitora.

Entrementes, caracterizado está que o bem foi adquirido com valores exclusivamente pertencentes à apelada em sub-rogação a bem de sua exclusiva propriedade.

Mister enfatizar que, apesar de o apelante afirmar que ambos 'ganharam' o referido apartamento, na verdade o imóvel era de exclusiva propriedade da apelada, como ficou constatado pela análise dos documentos encartados nos autos em apenso.

Assim, tal imóvel deve ser excluído da partilha.

No tocante às construções nele realizadas, sustenta o apelante, com estribo no inciso IV do art. 271 do CC/1916, que integram a comunhão as benfeitorias realizadas em bens particulares de cada cônjuge; inobstante, preciso que se estabeleça a distinção entre benfeitoria e acessão; benfeitorias são obras feitas em bem imóvel ou móvel para conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo; lado outro, acessão é modo originário de aquisição do domínio pelo aumento do volume do valor da coisa; é a incorporação de uma coisa móvel (acessória) à coisa imóvel (principal), *v.g.*, construções e plantações. Trago à baila lição de ARNALDO RIZZARDO:

> Todas as benfeitorias, sejam necessárias, úteis ou voluptuárias, e assim quaisquer melhoramentos em bens particulares de um ou de outro cônjuge, ingressam na comunhão e passam a pertencer ao patrimônio comum. Não interessa o montante da contribuição de cada cônjuge no investimento. A partilha envolverá partes iguais - como ocorre na divisão de bens comuns. *Há de se distinguir no pertinente às acessões - que são construções e plantações -, e que não se transferem ao casal, mas ao cônjuge que as fez. Se ambos participaram na edificação, leva-se em conta o montante despendido que investiu cada um* (*in Direito de Família*, v. I, AIDE, 1994, p. 295) - grifei.

Ora, do ensinamento supra conclui-se que caberia ao apelante comprovar que efetivamente contribuiu para a construção da casa edificada no bem pertencente à apelada e disso não se desincumbiu.

Pinça-se da decisão fustigada:

> Mais uma vez forte em seu depoimento anterior de fls. 170/171, o próprio E. confessou 'que o restante do dinheiro do apartamento foi aplicado na obra', além do fruto de seu trabalho por cinco anos. O trabalho desenvolvido pelo autor no período que citou é por mais duvidoso, considerando que, ao que tudo indica, mais se dedicava à bola, desempenhando funções em agremiações inexpressivas e que, por certo, não lhe pagavam salário digno.

O apelante, repete-se, não logrou êxito em provar a sua participação financeira na construção da acessão sobre terreno de exclusiva propriedade da sua ex-esposa; daí, não há que se falar no partilhamento do referido bem.

No que tange à condenação do apelante na multa prevista pelo parágrafo único do art. 538 do Digesto Instrumento, tenho que não ficou demonstrado nos autos o caráter protelatório dos embargos de declaração opostos; as evidências indicam a ausência de tal propósito.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo recursal para decotar do ato sentencial tão-somente a condenação do apelante ao pagamento de multa estabelecida no artigo 538, parágrafo único, do CPC; no mais, deve pontificar a decisão ferreteada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

DROGARIA E *DRUGSTORE* - FUNCIONAMENTO NO MESMO ESTABELECIMENTO - PREVISÃO NO OBJETO SOCIAL - INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EXCESSO DE PODER - ILEGALIDADE DO ATO

- A Lei nº 5.991/73, alterada pela Lei nº 9.069/95, que disciplina o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, permite a comercialização, no mesmo estabelecimento, de produtos referentes a drogaria e farmácia concomitantemente aos relativos a *drugstore*, desde que respeitadas as exigências legais.

- É defeso à Administração Pública, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, aplicar qualquer sanção ao particular ao argumento de ser vedada sua atividade comercial, se não existe lei proibitiva nesse sentido, além de a atividade constar do objeto social da sociedade. O agente público que age em contrário comete excesso de poderes, maculando o seu ato com o vício da ilegalidade, e este não pode produzir quaisquer efeitos jurídicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.015-7/00 - Comarca de Três Corações - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Apelação cível - Mandado de segurança - Funcionamento de drogaria e *drugstore* no mesmo estabelecimento - Previsão no objeto social - Inexistência de proibição legal - Auto de infração lavrado pela Administração Pública - Excesso de poder - Ilegalidade do ato. - Deve a Administração Pública realizar a devida fiscalização junto ao particular e, uma vez preenchidos os requisitos legais, autorizar seu regular funcionamento. Não pode, por outro lado, aplicar-lhe qualquer sanção, ao argumento de ser defesa sua atividade comercial, em face da cumulação das atividades de drogaria e de *drugstore* no mesmo estabelecimento, sendo que inexiste lei proibitiva nesse sentido, além de a respectiva atividade constar do objeto social da sociedade. A Administração Pública não deve, em momento algum, afrontar o princípio da legalidade. Não pode o administrador público impor ao particular obrigações ou proibições não previstas em lei.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de reexame necessário referente à sentença de fls. 79/94 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Corações, que, em mandado de segurança impetrado por Drogavargas Ltda.

em face da Secretaria Municipal de Saúde, concedeu a segurança pleiteada, confirmando a medida liminar anteriormente deferida, fls. 57/58, para determinar que a autoridade apontada como coatora cesse qualquer atividade que impeça ou dificulte o comércio da impetrante de produtos incluídos na conceituação legal de *drugstore*.

Conheço do reexame necessário, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51.

A autora, após a respectiva alteração contratual, devidamente averbada no órgão competente, vem comercializando em seu estabelecimento, além dos itens referentes a drogaria, produtos relativos a *drugstore*, tais como alimentos, presentes e brinquedos.

O novo contrato social da sociedade Drogavargas Ltda. passou a ter a seguinte redação, *in verbis:*

> A sociedade terá por objetivo a dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em suas embalagens originais e outros produtos, tais como artigos para presentes, brinquedos e perfumaria, como Drogaria, e outros produtos, como *Drugstore*.

A Lei 5.991/73, alterada pela Lei 9.069/95, que disciplina o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, não proíbe a comercialização, no mesmo estabelecimento, de produtos referentes a drogaria e farmácia concomitantemente aos relativos a *drugstore*, desde que respeitadas as exigências legais, dentre as quais as do art. 23 da lei citada acima.

A legislação retromencionada define o que vem a ser drogaria e *drugstore* em seu art. 4º, incisos XI e XX:

> XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em sua embalagens originais.
>
> XX - Loja de conveniência e *drugstore* - estabelecimento que, mediante auto serviço ou não, comercializa diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, dentre as quais alimentos em geral, produtos de higiene e limpeza e apetrechos domésticos, podendo funcionar em qualquer período do dia ou da noite, inclusive nos domingos e feriados.

Ao particular, como é sabido, não se pode exigir que faça ou deixe de fazer algo, salvo previsão legal, conforme determina o art. 5º, II, da Constituição da República, *ipsis litteris*:

> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Já a Administração Pública, diferentemente do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, deve fazer somente aquilo que a lei autoriza.

Portanto, não pode o Poder Público, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, previsto no *caput* do art. 37 da Carta Magna, proibir o particular de realizar determinada atividade, aplicando-lhe penalidade, na ausência de previsão legal a amparar tal conduta.

O art. 1º de nossa Constituição, em seu inciso 1º, IV, estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Seu art. 170, *caput*, ainda disciplina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Já seu parágrafo único garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No caso em tela, em face da inexistência legislativa de autorizar a atividade da Administração Pública ou a proibir o livre exercício da atividade econômica realizada pelo autor, atuou o agente público responsável pela Secretaria Municipal de Saúde, ao lavrar o Auto de Infração nº 1.393/2002, com excesso de poderes, maculando referido ato administrativo com o vício da ilegalidade, o que o torna nulo, não podendo produzir quaisquer efeitos jurídicos.

A autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, afirmou ter sido penalizada a sociedade Drogavargas Ltda. por estar esta funcionando de forma irregular, uma vez que não possui o licenciamento para funcionamento como *drugstore*, em desacordo com o art. 55 da Lei 5.991/73, que prescreve:

> Art. 55. É vedado utilizar qualquer dependência da farmácia ou da drogaria como consultório, ou outro fim diverso do licenciamento.

Entretanto, não procede referido argumento. Deve a Administração Pública realizar a devida fiscalização junto ao particular e, uma vez preenchidos os requisitos legais, autorizar seu regular funcionamento. Não pode, por outro lado, penalizá-lo, ao argumento de ser defesa sua atividade comercial, em face da cumulação das atividades de drogaria e de *drugstore* no mesmo estabelecimento, sendo que inexiste lei proibitiva nesse sentido, além da respectiva atividade constar do objeto social da sociedade.

A Administração Pública não deve, em momento algum, afrontar o princípio da legalidade. Não pode o administrador público impor ao particular obrigações ou proibições não previstas em lei, como ocorreu na espécie, ao aplicar-lhe a respectiva sanção administrativa sem amparo legal.

Há vários julgados deste tribunal que, reiteradamente, vêm julgando neste sentido:

> Administrativo - MS - Polícia Sanitária - Negativa de licença para funcionamento de drogaria e *drugstore* instaladas no mesmo espaço físico - Requerente regularmente inscrito no cadastro de contribuintes para o exercício conjunto de ambas as atividades comerciais - Inexistência de proibição legal - Arbitrariedade do ato - MS concedido - Sentença confirmada no reexame (AP nº 211.632-5, Rel. Des. Aloysio Nogueira, TJMG/3ª Câmara Cível).
>
> Mandado de segurança - Vigilância sanitária - Farmácia - Ampliação do objeto do estabelecimento - *Drugstore* - Negativa de expedição de alvará - Concessão da segurança - Sentença confirmada. - Em face da nova legislação, pode a *drugstore* funcionar no mesmo estabelecimento das drogarias e farmácias, respeitadas algumas exigências, sofrendo estas a fiscalização da vigilância sanitária, cabendo ao Conselho de Farmácia fiscalizar a atuação dos farmacêuticos. Age com excesso de poderes o encarregado da vigilância sanitária, ao deixar de proceder a vistoria para expedição de alvará do SUS em estabelecimento que ampliou seu objeto social, fundado seu ato em resolução (AP nº 217.121-3, Rel. Des. José Franciso Bueno, TJMG/5ª Câmara Cível).
>
> Mandado de segurança. Impetração contra ato de prefeito municipal, que indeferiu alvará complementar, para expansão comercial, nos termos da legislação específica. - Inexistência de vedação legal que, aliada à ausência de comprovação dos supostos danos à saúde pública, invocados pela autoridade coatora, justificam a concessão da medida, impondo a confirmação da segurança (AP nº 126.265-8, Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago, TJMG/2ª Câmara Cível).

Importante esclarecer que o particular não pode se furtar de preencher estritamente os requisitos legais para o funcionamento de sua atividade econômica, sujeitando-se sempre à regular fiscalização por parte do agente sanitário. Não pode a Administração Pública, entretanto, lavrar qualquer auto de infração sob o argumento de ser tal atividade ilegal, sem que haja lei proibitiva a regular a espécie.

Em face do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - EMBARGOS À EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - FATO GERADOR - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO - COBRANÇA

- Se a penhora não cobre todo o valor do crédito, a execução terá como escopo a satisfação parcial do direito do credor, permitindo-se ao devedor a oportunidade de impugnar a cobrança.

- Tratando-se de obrigação tributária, que nasce com o fato gerador, a Fazenda Pública dispõe do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, ficando, nesse período, sujeita ao prazo decadencial. Após o lançamento, inicia-se um hiato em que não ocorre a decadência ou a prescrição, até que se confirme o crédito tributário. Confirmado o crédito tributário, surge o prazo prescricional de cinco anos, podendo nesse período ser feita a cobrança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 346.834-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Execução fiscal - Legitimidade - Penhora - Bens insuficientes- Direito de defesa - Decadência - Prescrição - Fato gerador - Lançamento - Ajuizamento da execução - Recursos improvidos. - "O procurador da exeqüente foi nomeado por quem possui legitimidade processual para os embargos". "Se a penhora não cobre todo o valor do crédito, a execução terá como escopo a satisfação parcial do direito do credor e, assim, não há como negar ao devedor a oportunidade de impugnar a cobrança". "Na obrigação tributária, que nasce com o fato gerador, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, ficando neste período sujeita ao prazo decadencial. Após a confirmação do crédito tributário, surge o prazo prescricional de cinco anos, podendo nesse período ser promovida a cobrança".

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Perante a Quinta Vara da Fazenda Municipal desta Capital, a empresa Mecanotherm Instalações e Manutenção Ltda., aqui primeira apelante, opôs embargos à execução em face da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, discorrendo que o débito cobrado é referente aos exercícios de 1992, 1993, 1994, 1995, 1996 e 1997; argumentou que a pretendida cobrança está prescrita, vez que demandou mais de cinco anos desde a constituição do crédito; debateu-se, ainda, contra a aplicação da TR; ao final, pugnou pela procedência dos embargos; juntou documentos.

A Fazenda Pública após intimada, mostrou-se presente nos autos, rebatendo as pretensões exteriorizadas pela então embargante (fls. 13/17-TJ); o Ministério Público entendeu desnecessária sua intervenção no feito (fls. 23-TJ); a decisão monocrática encontra-se lastreada às fls. 38/40-TJ, julgando parcialmente procedentes os embargos interpostos para reconhecer a decadência do direito de constituição dos créditos referentes aos exercícios de 1992 e 1993.

Irresignada, a executada interpôs recurso de apelação buscando a reforma da decisão singular (fls. 46/49-TJ); contra-razões às fls. 51/52-TJ; a exeqüente, também, interpôs recurso de apelação (fls. 53/56-TJ); não foram apresentadas contra-razões.

Da análise dos recursos aviados, observa-se que a primeira recorrente busca a declaração da prescrição dos créditos exeqüendos; a Fazenda Pública argüiu, em sua peça recursal, preliminarmente, a ausência de pressupostos processuais válidos; no mérito, assevera que não ocorreu a prescrição alardeada.

Preambularmente, passo à análise da preliminar aventada.

Assevera a segunda recorrente que a executada não apresentou seu contrato social; inobstante, *data venia*, tenho que não prospera tal argumento; bem realçado na decisão guerreada:

> o subscritor da procuração, Sr. Jairo de Araújo, foi a pessoa que recebeu a citação, na qualidade de representante da embargante, sendo, inclusive, citado como co-obrigado na CDA de fls. 03 da execução.

O procurador da exeqüente foi nomeado por quem possui legitimidade processual para os embargos; ademais, a apelante não comprova o alegado, e cediço que o ônus negativo da prova incumbe a quem impugna.

A questão envolvendo a alegação de que há insuficiência de bens penhorados para garantir a execução, também, não merece prosperar; se a penhora não cobre todo o valor do crédito, a execução terá como escopo a satisfação parcial do direito do credor, e, assim, não há como negar ao devedor a oportunidade de impugnar a cobrança; acresce-se o fato de que, consoante certidão de fl. 33-v., os bens penhorados são os únicos pertencentes à executada e suscetíveis de constrição.

Colhe-se, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processual - Execução fiscal - Penhora insuficiente - Embargos a execução - Possibilidade. - Circunstância de o bem penhorado ser insuficiente para garantir a satisfação integral do crédito não retira do devedor a faculdade de embargar a execução. - Aproveitar a penhora, apenas para dar curso à execução, sem abrir ao devedor o direito de embargar é praticar odiosa restrição ao direito de defesa. É transformar a execução em confisco (REsp 79.097/SP, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, fonte *DJ* data: 06.05.1996, p. 14.386).

Assim, à vista do exposto, rejeito a preliminar argüida.

Quanto ao mérito, a questão consiste em saber se ocorreu, ou não, a decadência e ou prescrição dos créditos exeqüendos.

Urge ressaltar, que, no Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que, na obrigação tributária, que nasce com o fato gerador, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, ficando neste período sujeita ao prazo decadencial; após o lançamento, inicia-se um hiato, em que não há decadência ou prescrição, até que se confirme o crédito tributário ou pelo decurso do prazo de trinta dias sem impugnação ou pela decisão do recurso administrativo ou pela revisão *ex officio* do lançamento; confirmado o crédito tributário, surge o prazo prescricional de cinco anos, podendo nesse período ser promovida a cobrança. (RE 95.365-MG, *DJ* de 3.12.1981, *RTJ*, 94/392; *RTJ*, 108/1.144, e *RTJ*, 110/707; no STJ: REsp 200.659-AP, *DJ* de 21.2.2000; REsp 11.060-SP, *DJ* de 9.9.1991; REsp 239.106-SP, *DJ* de 24.4.2000; REsp 53.467-SP, *DJ* de 30.9.1996; REsp 32.843-SP, *DJ* de 26.10.1998, REsp 173.284-SP, *DJ* de 31.3.2003).

No caso em comento, conforme salientado pelo Julgador primevo, os lançamentos dos créditos referentes aos exercícios de 1992 e 1993 ocorreram cinco anos após a ocorrência do fato gerador (fls.03-v.-apenso), caracterizando assim a decadência.

No que tange aos demais exercícios, observa-se que entre a data da constituição definitiva de crédito tributário e a data da citação, não ocorreu tempo superior a cinco anos, descaracterizando a prescrição alardeada.

Assim sendo, nego provimento aos recursos interpostos, mantendo incólume a sentença atritada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

VEREADOR - SUBSÍDIO - FIXAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA EDILIDADE NA LEGISLATURA ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO POR INTERMÉDIO DE PORTARIA DA PRESIDÊNCIA - § 4º DO ART. 39 DA CF - EFICÁCIA PENDENTE DE FIXAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO

- O § 4º do art. 39 da CF, com a redação que lhe deu a EC nº 19/98, não terá eficácia, enquanto não houver a fixação do teto remuneratório por lei de iniciativa conjunta dos presidentes dos Poderes da República. Assim, a fixação dos subsídios dos vereadores deve-se fazer, por enquanto, por intermédio de resolução da câmara, nos termos do inciso VI do art. 29 da CF/88.

- Portaria não possui capacidade hierárquica para revogar resolução, ainda que o objetivo seja o de corrigir irregularidade ou ilegalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 322.797-2/00 - Comarca de Inhapim - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Câmara Municipal - Subsídios de vereadores, fixados em resolução da edilidade, na legislatura anterior - Redução, através de portaria da Presidência, ao fundamento de adequar a remuneração às prescrições constitucionais - Subsídio único, a ser fixado por lei - Preceito constitucional (§ 4º, do art. 39, acrescido pela EC 19/98) sem eficácia, ainda pendente de fixação do teto, por lei de iniciativa dos Presidentes dos Poderes da República - Ofensa aos limites percentuais não demonstrados - Segurança deferida - Sentença confirmada no reexame, prejudicado o recurso.

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, 16 de outubro de 2003. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação mandamental impetrada pelos quatro apelados, vereadores à Câmara Municipal de Iapu, contra ato da Sra. Presidente daquela Edilidade, consubstanciado na Portaria 009/2001, que determinou a redução dos subsídios mensais dos membros do Legislativo, fixados por resolução, na legislatura anterior, em R$1.000,00, para R$620,00, quantia essa inferior ainda ao que percebiam os vereadores cujos mandatos se extinguiram em 31.12.2000.

Deferiu-se a liminar, mantida pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, na via do pedido de suspensão, aviada pela Câmara.

Notificada, a digna autoridade apontada como coatora presta as informações, confirmando a prática do ato impugnado e justifica-o com a necessidade de atendimento aos preceitos da Constituição Federal que dispõem sobre a remuneração dos vereadores e à Lei de Responsabilidade Fiscal, procurando demonstrar o desacerto da resolução promulgada na legislatura anterior, pela desatenção ao valor percentual da dotação orçamentária destinada ao Legislativo, com espeque na receita efetivamente realizada no exercício anterior.

Enfatiza, ainda, que a resolução que a sua portaria visa derrogar ofende o disposto no § 4º do art. 39 da CF, acrescentado pela EC 19/98, que determina a fixação do subsídio através de lei, estando, ainda, violadas as disposições da EC 25/2000, que acrescentou o art. 29-A à Carta da República, e que, se mantido o mesmo nível daquele subsídio, haveria estouro do limite de 70% estabelecido no § 1º do mencionado artigo.

A Dra. Promotora de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Sobreveio a r. sentença de fls. 154/157, que confirma a liminar e concede a segurança, determinando seu ilustre Prolator a submissão do feito ao duplo grau.

Irresignada, a Câmara avia o apelo, com reedição das razões constantes das informações, postulando a reforma da decisão.

Em artigos de contrariedade, os apelados defendem o acerto da sentença hostilizada, pugnando por sua confirmação.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça aponta, preliminarmente, omissão no tocante à intimação do Ministério Público da decisão proferida e requer a conversão do julgamento em diligência, para que seja regularizada a falha. No mérito, opina pela confirmação da sentença em reexame, prejudicado o voluntário.

Cumprida a diligência solicitada pela Procuradoria, o Dr. Promotor de Justiça deu-se por ciente.

Do essencial, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço da remessa oficial e do recurso, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Labora em equívoco, com respeito, a digna autoridade coatora, ao entender da necessidade de lei para a fixação dos subsídios dos vereadores, por aplicação do § 4º do art. 39 da CF, desde que essa disposição, introduzida pela EC 19/98 não se acha, ainda, em vigor, pendendo do estabelecimento do teto remuneratório, a ser fixado em lei, por iniciativa conjunta dos Presidentes dos Poderes da República. Enquanto não houver a regulamentação legal desse teto, não se há falar em subsídio único.

Assim, a fixação dos subsídios dos vereadores se deve fazer mesmo, por enquanto, através de resolução da Câmara, nos termos do inc. VI do art. 29 da CF, com a redação da EC 19/98.

E, é cediço, portaria não possui capacidade hierárquica para revogar resolução, ainda que o objetivo seja o de corrigir-lhe irregularidade ou ilegalidade.

Daí por que, com razão, assevera a decisão hostilizada:

> Com efeito, a Constituição Federal outorgou ao Poder Legislativo autonomia e competência para fixar a remuneração de seus agentes, desde, é claro, que se respeitem as limitações por ela impostas. Uma vez comprovado que tal fixação feriu determinações da Lei Maior, deve ser declarada, em processo próprio, a nulidade do ato que lhe deu origem, operando, tal declaração, efeitos *ex tunc*, e obrigando-se os beneficiados à devolução aos cofres públicos dos vencimentos recebidos ilegalmente. Mas tal situação não pode ser resolvida através de uma 'portaria'.

Aliás, a própria Resolução 004/2000, promulgada na legislatura anterior e que fixou os subsídios dos vereadores a partir de 1º de janeiro de 2001 previu a redução, mas, é óbvio, determinada por ato de iguais grandeza e origem.

E, com efeito, a própria Câmara, posteriormente ao ajuizamento do presente *mandamus*, em plenário, aprovou a Resolução 001/2002, fixando os subsídios dos vereadores em R$850,00.

A honrada autoridade coatora colacionou, a título de ilustração, um parecer ministerial e sentença do Juízo da 1ª Vara de Ipatinga, em caso idêntico de mandado de segurança, versando redução de subsídios por ato unilateral do Presidente da Câmara daquela comuna.

Cumpre-me registrar, no entanto, que a eg. 4ª Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da Apelação 243.531-1, sob relatoria do Em. Des. Carreira Machado, em 22.8.2002, reformou, por maioria, vencido o Relator, aquela decisão, figurando o acórdão com a seguinte ementa:

> Mandado de segurança. Redução do subsídio de vereador pelo Presidente da Câmara. Emendas à Constituição nºs 19, de 1998, e 25, de 2000. - O teto remuneratório e as demais vinculações ao subsídio do agente político, instituído como parcela única, pela Emenda à Constituição nº 19, de 1998, e inconfundível com o subsídio da tradição republicana, são normas em ser e dependentes da lei de iniciativa conjunta, de que trata o art. 48, V, da Constituição Federal. Não se pode controlar a constitucionalidade de lei com base em norma constitucional ainda não definida. Constitui lesão a direito líquido e certo a redução operada pela Presidência da Câmara de norma de lei aprovada pelo Plenário da Casa Legistativa, quando não se trata de dar interpretação conforme a Constituição (Relator para o acórdão: Des. Almeida Melo).

Oportuno, ainda, volver aos sólidos argumentos do eminente Desembargador Sérgio Lellis Santiago, então Presidente deste Sodalício, ao indeferir o pedido de suspensão da liminar.

Embora S. Exa. não tenha - por incabível na oportunidade - adentrado o mérito da impetração, já antecipa a ilegalidade do ato praticado unilateralmente pela Presidente da Câmara:

> (...) é inegável a duvidosa juridicidade do instrumento (portaria) pelo qual se propôs a Chefe do Legislativo local a 'adequar' os subsídios dos vereadores de Iapu aos novos padrões constitucionais. E essa legitimidade mais se revela frágil não só ante a constatação de que essa 'adequação' se deu de forma aparentemente unilateral, como também porque se procedeu à alteração de ato normativo (Resolução nº 04/2000) de que não se tem notícias tenha sido invalidado ou perdido sua eficácia por decisão judicial proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade (fls. 130).

Com essas considerações, confirmo a sentença no reexame, prejudicado o recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Também conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

Ao que se extrai do relatório de fls. 498/499-TJ, o qual adoto, cuida-se de mandado de segurança impetrado por Guilherme de Souza Mendes e outros em face de ato ilegal praticado pela Presidenta da Câmara Municipal de Iapu, objetivando desconstituir a Portaria nº 009/01, que reduziu os subsídios dos vereadores daquela Edilidade, alterando a Resolução nº 004/00, ao fundamento de que se estaria enquadrando os subsídios dos vereadores aos limites impostos pela Emenda Constitucional 25/00 e pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tanto quanto o ilustre Sentenciante, tenho que o pleito merece acolhida, sendo imperiosa a concessão da segurança.

Com efeito, o limite introduzido no inciso VI, *d*, do art. 29 da Constituição da República, pela Emenda à Constituição 25/00, deve ser interpretado ao cotejo dos termos da Emenda 19, de 1998, que ainda não entrou em vigor, na parte que institui o subsídio, como parcela única da remuneração do agente político, como se infere da leitura do art. 39, § 4º, da Lei Maior.

Como já assentou o Pretório Excelso, a eficácia do subsídio instituído pela Emenda Constitucional 19 depende de Lei de iniciativa dos três Presidentes dos Poderes da União, em conjunto, o que ainda não ocorreu.

Assim é que, uma vez determinada a remuneração dos agentes políticos do Município de Iapu, segundo a Resolução nº 004/00, da forma como autoriza o art. 29, VI, da CF, a teor do qual "*o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subseqüente, observado o que dispõe esta Constituição,*

(...)" não poderia, a todas as luzes, a Presidenta da Câmara, a pretexto de enquadramento aos padrões constitucionais e à revelia de seus pares, reduzir os valores nela expressos, constituindo tal ato lesão a direito líquido e certo, como muito bem consignado pelo digno Juiz de origem.

Com tais considerações, em reexame necessário, também confirmo a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o apelo voluntário, nos precisos termos do voto que acaba de proferir o eminente Des. Relator.

Custas recursais, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

PARTILHA DE BENS - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO - PERÍCIA - BENFEITORIA - VALOR DE MERCADO - ATUALIZAÇÃO

- Ao perfeito alcance da liquidação por arbitramento de direito patrimonial a ser partilhado, há que se considerar o valor atual de mercado, a ser corrigido da data da elaboração da perícia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.192-5/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Partilha - Liquidação por arbitramento - Perícia - Benfeitoria - Valor de mercado - Atualização. - Ao perfeito alcance da liquidação por arbitramento de direito patrimonial a ser partilhado, há que se considerar o valor atual de mercado, a ser corrigido da data da elaboração da perícia. 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.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de recurso de apelação interposto por M.A.B. contra sentença que, em procedimento de liquidação, por arbitramento, de sentença proferida em ação declaratória de sociedade de fato cumulada com partilha de bens, julgou líquida a condenação do requerido, no montante de trinta e cinco mil, setecentos e oitenta e seis reais e trinta e três centavos (R$35.786,33).

As razões recursais das partes, bem como a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça foram alvo de sucinta reportagem no relatório de fls.

Conhece-se do apelo, eis que presentes os pressupostos legais.

Do exame da questão indagada, exsurge, à minha ótica, que o entendimento vertido na sentença questionada não pode prevalecer, eis que não se estaria a conferir perfeita justiça às partes.

Com efeito, resultando certo que os parâmetros da liquidação da sentença, referente ao imóvel edificado pelas partes, restaram fixados no acórdão de fls. 253/262-TJ, proferido por este Tribunal, verifica-se, destarte, que o valor a ser considerado para o cálculo da parte cabível à apelante deve ser aquele alcançado a título de benfeitorias edificadas, não como custo de obra, mas, sim, o real valor das mesmas, ou seja, o valor de mercado atribuído pelo *expert*.

Isto, exatamente porque o que se pretende alcançar é a justa partilha do bem comum, que somente se dará, caso seja considerado o seu real valor, que difere, e em muito, do simples valor de custo de obra.

Aliás, seria até mesmo injusto permitir que toda a valorização do imóvel tornasse em favor do recorrido, em efetivo detrimento da apelante, que, da mesma forma que aquele, ajudou a construir o patrimônio em questão.

Assim, ao alcance da parte que efetivamente cabe à apelante, há de ser considerado o valor de R$122.564,88 (cento e vinte e dois mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e oitenta e oito centavos).

Lado outro, para a correção do valor que cabe à apelante, deverá ser considerada a data da feitura do laudo pericial, eis que, nesta ocasião, alcançou-se o valor de mercado até ali atualizado.

Destarte, possui a apelante o direito a dois terços (2/3) do valor da benfeitoria, conforme determinado no acórdão de fls., ou seja, R$40.854,96 (quarenta mil, oitocentos e cinqüenta e quatro reais e noventa e seis centavos), que, somados aos valores a que tem direito em razão da partilha do direito de uso da linha telefônica (R$1.028,30) e dos veículos (R$4.166,66), resulta no total de R$46.049,92 (quarenta e seis mil e quarenta e nove reais e noventa e dois centavos).

Assim, dando-se provimento ao recurso, declara-se líquida a condenação no valor de R$46.049,92 (quarenta e seis mil e quarenta e nove reais e noventa e dois centavos), que deverá ser corrigido desde a data da elaboração da perícia técnica.

Custas, pelo apelado.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAMENTO - DISPENSA DOS PROCLAMAS - POSSIBILIDADE

- Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária de suprimento de idade para o casamento, é possível autorizar a dispensa dos proclamas, mormente quando o noivo ingressa nos autos e anui à justa manifestação da noiva em estado de gravidez avançado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.937-0/00 - Comarca de Peçanha - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Jurisdição voluntária - Suprimento de idade para o casamento - Dispensa dos proclamas - Possibilidade. - No procedimento de jurisdição voluntária de suprimento de idade para o casamento, é possível autorizar a dispensa dos proclamas, sobretudo quando o noivo ingressa nos autos e anui à justa manifestação da noiva em estado de gravidez avançado. - Apelo desprovido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de procedimento de jurisdição voluntária de suprimento de idade para casamento, requerido por E.M.A., representada por seus pais, J.J.A. e M.J.A., julgado procedente pela sentença de fls. 17/18-TJ.

O Ministério Público, insatisfeito com a parte da sentença que autorizou a dispensa dos proclamas, dela recorre, requerendo a reforma da sentença nesse particular (fls. 20/24-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 35/36-TJ, opina pelo desprovimento do recurso ministerial.

Assim relatados, passo à decisão.

A insatisfação do Ministério Público com a ordem de dispensa dos proclamas do casamento da apelada não tem razão de subsistir.

É que o art. 69 da Lei nº 6.015/73, ao determinar que o pedido de dispensa dos proclamas deve ser formulado pelos contraentes, em petição dirigida ao juiz, não desautoriza aproveitar o ingresso do noivo na lide (N. S.), com o pedido de dispensa dos proclamas (fls. 02/03-TJ e fl. 26-TJ), embora tardio, notadamente pelo estado de gravidez da apelada.

Vejamos o dispositivo legal mencionado:

Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973

(*DOU* de 31.12.1973, rep. *DOU* de 16.09.1975) Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. (...)

Art. 69. Para a dispensa de proclamas, nos casos previstos em lei, os contraentes, em petição dirigida ao juiz, deduzirão os motivos de urgência do casamento, provando-a, desde logo, com documentos ou indicando outras provas para demonstração do alegado.

§ 1º Quando o pedido se fundar em crime contra os costumes, a dispensa de proclamas será precedida da audiência dos contraentes, separadamente e em segredo de justiça.

§ 2º Produzidas as provas dentro de 5 (cinco) dias, com a ciência do órgão do Ministério Público, que poderá manifestar-se, a seguir, em 24 (vinte e quatro) horas, o juiz decidirá, em igual prazo, sem recurso, remetendo os autos para serem anexados ao processo de habilitação matrimonial.

Destarte, o pedido de dispensa dos proclamas está plenamente justificado, conforme revela o princípio da instrumentalidade das formas (segundo o qual o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade).

Em síntese, no procedimento de jurisdição voluntária de suprimento de idade para o casamento, é possível autorizar a dispensa dos proclamas, sobretudo quando o noivo ingressa nos autos e anui à justa manifestação da noiva em estado de gravidez avançado.

Com tais razões, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA - MULTA DE 10% - LEGALIDADE - ART. 58 DO DEC.-LEI Nº 413/69 - LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - INAPLICABILIDADE

- Não se aplica a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para o fim de se reduzir multa de 10% fixada para a cobrança judicial de cédula de crédito industrial, devendo prevalecer, na espécie, a legislação específica (Dec.-lei nº 413/69).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.360-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Cédula de crédito industrial - Multa de 10% prevista para a hipótese de cobrança judicial da dívida - Legalidade - Previsão no DL 413/69 - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade. - Não se aplica o CDC para o fim de reduzir multa de 10% fixada para a hipótese de cobrança judicial de cédula de crédito industrial, devendo prevalecer, na espécie, a legislação específica (DL 413/69).

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2003. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de embargos ofertados por Cuca Gelada Escola e Comércio de Congelados Ltda., em face da execução por título extrajudicial movida pelo BDMG, para recebimento de cédula de crédito industrial, em que a embargante figura como avalista e garantidora hipotecária.

Embora tenha sucumbido em parte mínima, apela o banco/embargado, pugnando pela reforma da sentença no tópico em que decidiu pela redução da multa moratória, admitindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Assiste-lhe razão.

No caso em tela, não há falar em redução da multa de 10% para 2%, devendo ser observada a legislação específica do crédito industrial, que a prevê nos moldes exigidos pelo embargado.

Assim estabelece o art. 58 do Decreto-lei nº 413/69:

> Em caso de cobrança em processo contencioso ou não, judicial ou administrativo, o emitente da cédula de crédito industrial responderá ainda pela multa de 10% sobre o principal e acessórios em débito, devida a partir do primeiro despacho da autoridade competente na petição de cobrança ou de habilitação do crédito.

Também o contrato celebrado entre as partes prevê a chamada multa de ajuizamento fixada em 10%, exatamente como lhe permite a pertinente legislação.

Não há falar, pois, em aplicação do Código de Defesa do Consumidor para reduzir a multa ajustada, devendo prevalecer, no particular, a legislação específica sobre a genérica.

No mesmo sentido, os seguintes julgados deste Tribunal:

> Econômico - Contrato de cédula de crédito industrial - Capitalização de juros - Admissibilidade - Decreto-lei nº 413/69 e Súmulas 93/STJ e 596/STF - Inaplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 3º, § 2º, CDC) - Multa contratual de 10%. - 1. A capitalização de juros é permitida nas operações financeiras com cédula de crédito industrial por força de legislação específica (Decreto-lei nº 413/69), desde que semestral, afastando-se a aplicação do Decreto-lei nº 22.626/33, conforme Súmulas 93 do STJ e 596 STF. - 2. Diante da especificidade da matéria, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, prevalecendo a multa no percentual de 10% previsto no art. 58 do Decreto-lei nº 413/69 (Apelação Cível nº 299.907-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: BDMG-Banco de Desenvolvimento Minas Gerais S.A. - Apelado: Same Ind. Com. Ltda. - Relator: Exmo. Sr. Des. Pedro Henriques - Publicado no dia 04.04.2003).
>
> Embargos à execução - Cédula de crédito comercial - Inaplicabilidade da Súmula 121 do STF e da Lei da Usura - Capitalização de juros prevista na Súmula 93 do STJ - Código de Defesa do Consumidor - Não-incidência - Atividade empresarial - Aplicação da TR - Multa de 10% prevista no Decreto-lei nº 413/69 e na Lei 6.840/68 (Apelação Cível nº 245.303-3/00, Rel. Des. Brandão Teixeira, publ. no dia 27/09/2002).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença na parte em que reduziu a multa de 10% para 2%, restabelecendo o valor contratualmente previsto.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

GRATIFICAÇÃO *PRO LABOREM* - INAPLICABILIDADE AO INATIVO - INSERÇÃO EM LEI ORGÂNICA - IMPROPRIEDADE

- A gratificação *pro laborem* instituída em lei é devida aos servidores ocupantes de cargo comissionado, e não se estende aos servidores inativos.

- Constitui impropriedade a concessão de vantagens a servidores por intermédio da LOM, pois a iniciativa da legislação que trata dessa matéria é reservada ao chefe do Poder Executivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.693-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Gratificação *pro laborem* - Inaplicabilidade ao inativo - LOM - Impropriedade de sua utilização como instrumento de concessão de vantagens. - A gratificação *pro laborem* só é devida a quem temporariamente exerce o comissionamento. Não pode a LOM dispor sobre concessão de vantagens aos servidores, pois se trata de matéria reservada à iniciativa do Executivo.

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 setembro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso oferece todas as condições de admissibilidade e, pois, ora é conhecido.

A pretensão dos autores, na declinada qualidade de servidores aposentados da Municipalidade local, consiste em obter provisão judicial que lhes assegure o recebimento de diferenças entre o valor por eles recebido e aquele a que julgam de direito, como vem sucedendo com funcionários da ativa, em conformidade com a legislação municipal mencionada no relatório que antecede ao presente voto, e, de igual forma, a definitiva incorporação dessas diferenças aos proventos da aposentadoria.

A decisão de primeiro grau, acertadamente, rejeitou as preliminares de incompetência do Juízo, inépcia da inicial e prescrição, não insistindo o Município, em suas contra-razões, em reeditá-las.

No tocante ao mérito do pedido, observa-se e se conclui que a Lei 5.914/91 dispôs:

> Art. 6º Aos ocupantes de cargo de provimento em comissão, *enquanto permanecerem no efetivo exercício* do cargo desta natureza, será devido o pagamento de Gratificação de Dedicação Exclusiva, no percentual de 30% (trinta por cento), calculado sobre o valor do vencimento-base do cargo comissionado *que ocupa*, a partir de 17 de novembro de 1990 - nossos os grifos.

O art. 5º, por sua vez, estatui:

> Os servidores apostilados ou que se apostilarem em cargo comissionado perceberão seus vencimentos e vantagens conforme os dispostos nos arts. 3º e 4º desta lei, *exceto a gratificação de dedicação exclusiva* - destacamos.

A cláusula restritiva é por demais clara e explícita, deixando entrever que se trata de gratificação a que os doutrinadores denominam de vantagem *propter laborem*, somente devida se e quando em atividade o servidor no cargo comissionado.

Procuram os autores, a propósito, em defesa de sua pretensão, apoiar-se na norma do art. 56 da LOM, que asseguraria a continuidade do pagamento dessa gratificação a quem não mais exerce o cargo em comissão, por haver-se transferido para a inatividade.

Duas observações incisivas, entretanto, devem ser a propósito enunciadas.

Como é da tradição do nosso direito administrativo, o regime de trabalho de *dedicação exclusiva* é inerente ao exercício de cargo comissionado ou função de confiança (conforme art. 18, § 1º, da Lei 8.112/90).

Logo, pelo menos a um primeiro exame, haveria, em tese, verdadeiro *bis in idem* no pagamento ao mesmo tempo da gratificação pelo comissionamento e outra gratificação autônoma pela dedicação exclusiva.

Por outro lado, já se firmou entre os nossos doutrinadores o entendimento segundo o qual:

> (...) Nessa linha de direção, são inconstitucionais, *v.g.*, dispositivos da Lei Orgânica que dispõem sobre aumento de despesa pública, criação de órgãos ou entidades municipais, criação de vantagens pecuniárias do funcionalismo municipal, como a licença-prêmio, qüinqüênio, biênio ou anuênio, sobre vinculação de remuneração de seu pessoal municipal a índices oficiais do Governo Federal.
>
> A matéria de vantagens pecuniárias ao pessoal do Município, como quaisquer vantagens financeiras ou aumento de despesa pública, por mais legítima que tenha sido, é de ordenação de lei (JOSÉ NILO DE CASTRO. *Direito Municipal Positivo*. 3ª ed., 1996, p. 66/67).

Há, portanto, dois vícios substanciais a comprometer a pretensão dos autores: o problema da visualização do *bis in idem* e, de outro lugar, a impropriedade de utilização da LOM como norma concessiva de vantagens que importem em aumento de despesas e cuja iniciativa a legislação constitucional sempre reservou ao Chefe do Executivo.

Por toda essa série de considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, por seus demais fundamentos, a sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SIGILO - TELECOMUNICAÇÕES - TELEFONE CELULAR - QUEBRA DO SIGILO DE COMUNICAÇÃO DE TODOS OS CLIENTES DA OPERADORA DE FORMA AMPLA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - ILEGALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - OPERADORA DO SERVIÇO DE TELEFONIA - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- A operadora de telefonia celular possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança visando impedir a quebra de sigilo das comunicações do serviço móvel celular de todos os seus clientes de forma ampla, a ponto de atingir a universalidade dos usuários, eis que, por lei, lhe cabe a obrigação de resguardar tal sigilo.

- A quebra de sigilo de comunicação telefônica de todos os clientes da operadora de telefonia celular, por autorização judicial, sob a alegação de investigação policial, afronta disposições da Lei nº 9.296/96, pois tal diploma legal prevê que a quebra desse sigilo só é possível quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, sendo necessária a individualização de nomes ou a especificação dos números telefônicos. É inadmissível invocar o interesse público e a necessidade de se proceder a investigação criminal mais célere, para justificar a quebra de sigilo de dados protegidos por lei, relativos a uma universalidade de clientes não especificados.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 335.126-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Impetração pela operadora, para impedir a quebra do sigilo das comunicações pelo serviço móvel celular, de todos os seus clientes, determinada pelo juiz, sob a afirmativa de investigação criminal. - Assiste legitimidade à operadora, para impetrar mandado de segurança, em tal caso, eis que lhe cabe, por lei, a obrigação de resguardar o sigilo de seus usuários. A quebra do sigilo, por autorização judicial, deve obedecer ao disposto na Lei 9.296/96. Tal diploma legal dispõe que a quebra do sigilo só pode ser concedida quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. Incabível a providência, de forma ampla, a ponto de atingir a generalidade dos usuários da operadora. Mandado de segurança concedido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela impetrante, o Dr. Felipe Gazola Vieira Marques.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Vem a Telemig Celular impetrar o presente mandado de segurança, em face do Juiz de Direito Cooperador da Comarca de Extrema, tendo como litisconsortes os Delegados de Polícia lotados nas delegacias daquela cidade.

Afirma que, por requerimento daquelas autoridades policiais, o digno Juiz coator determinou o fornecimento de dados e senhas sigilosos, com respeito a todos os clientes da Telemig Celular, o que fere o sigilo das telecomunicações, pois permite às autoridades obter dados sigilosos relativos à totalidade dos clientes da empresa, bem como proceder a escutas telefônicas dos mesmos.

O digno Juiz coator argumentou, em suas informações, que os litisconsortes explicaram que a obtenção de dados cadastrais da clientela da Telemig não significa a possibilitação de escutas telefônicas.

Os litisconsortes também informaram, argumentando que os dados e senhas a serem obtidos não significam que vão ocorrer escutas telefônicas, que dependeriam de posterior autorização judicial, com especificação dos números-alvo.

Em sua manifestação, o douto Procurador de Justiça suscitou preliminar de ilegitimidade ativa. No mérito, opinou pela denegação da segurança.

Relatório detalhado já se encontra nos autos.

Passo a decidir.

A respeito da preliminar suscitada, não me convenceram, *data maxima venia*, as razões expendidas pelo i. Procurador de Justiça.

No que tange à legitimação ativa para a ação mandamental, diz o artigo 1º da Lei 1.533/51:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou por abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.

Fez coro a este artigo a Constituição Federal de 1988, ao estatuir no art. 5º, LXIX:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ao exame destes dispositivos, percebe-se que aquele que se encontra ameaçado em seu direito líquido e certo (mesmo que já se tenha concretizado tal ameaça) é o legitimado para buscar a segurança, ainda que a questão envolva interesses de terceiros. Com efeito, observa-se que, ainda que busque proteger interesses de uma coletividade não-determinada, é a Telemig Celular a pessoa diretamente atingida pelas determinações contidas no ato judicial impugnado, sendo, pois, legitima e interessada na concessão da ordem por ela buscada, através do presente *writ*. A ela compete respeitar o sigilo dos clientes.

Assim sendo, desacolho a preliminar de ilegitimidade ativa, suscitada pela douta Procuradoria de Justiça.

Quanto ao mérito da questão, examinei atentamente e com cuidado as alegações de ambas as partes, dada a grande relevância da questão proposta, que se relaciona com a investigação de crimes afeitos ao roubo de cargas em nosso Estado.

Após profunda análise do problema, acabei por me posicionar no sentido de que, por mais louvável que seja a iniciativa dos ilustres Delegados de Polícia atuantes no Município de Extrema e região, e por mais que se considere a necessidade de se utilizar todos os meios investigatórios possíveis na busca da inibição à atividade do crime organizado, não se podem olvidar as garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria do sigilo das telecomunicações.

De fato, as autoridades coatoras litisconsortes se apegam ao argumento de que as providências determinadas pela ordem judicial visada pela ação mandamental não configurarão qualquer quebra do sigilo das telecomunicações. Assim, não haveria infração da Constituição Brasileira e da Lei 9.296/96.

Não é o que me parece.

Conforme se infere pelos argumentos trazidos na inicial do *mandamus*, as informações em questão, cujo fornecimento à autoridade policial foi determinado pelo ato judicial ora combatido, dizem respeito a dados individuais detalhados, além de senhas e outros dados sigilosos, que possibilitam inclusive a interceptação telefônica de qualquer cliente da empresa-impetrante.

Efetivamente, de posse de senha 24 horas para obtenção de dados cadastrais, ligações processadas (listas réguas), e localizações de ERB's e sub-ERB's, fica a autoridade policial com o poder de escrutinar informações sigilosas, relativas à universalidade dos clientes da empresa-impetrante, de forma indiscriminada, e sem se sujeitar a qualquer tipo de controle externo.

Não considero que tais informações são acobertadas com sigilo absoluto e impassível de quebra. Pelo contrário, o art. 5º, em seu inciso XII, possibilita a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*.

Esta lei veio a ser editada em 1996, mais especificamente, a Lei 9.296/96. Este diploma, em seus arts. 1º e 2º, define claramente as hipóteses em que podem ser quebrados os sigilos telefônicos de suspeitos sob investigação criminal, ou para fins de instrução de processo penal, e estipula quais os casos em que não haverá quebra de sigilo. Assim, observando-se o inc. I do art. 2º, verifica-se que a quebra de sigilo não será concedida quando "*não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*".

Ora, é claro, a meu ver, que, ao se referir a lei à interceptação telefônica, não vem a norma restringir o sigilo apenas e tão-somente à interceptação do áudio da ligação telefônica. Outrossim, não é difícil se verificar que a intenção do legislador é extensiva ao fornecimento de dados sigilosos e confidenciais, que, ante as informações da empresa de telefonia que impetrou o *mandamus*, possibilita a obtenção de informações que podem levar à interceptação telefônica de *todo* e *qualquer* cliente da prestadora.

É necessário, nos termos da lei, a individualização de nomes, ou especificação de números telefônicos (ou outros dados mais claros), a fim de que a autoridade policial possa efetuar a vigilância e investigação de determinadas pessoas, ou determinados números telefônicos.

Invocar o interesse público e a necessidade de se proceder a uma investigação criminal mais célere, para justificar a quebra de sigilo de dados protegidos por lei, relativos a uma universalidade de clientes não-especificados, pode conduzir o órgão do Judiciário a erro significativo. Equivaleria, guardadas as devidas proporções, a autorizar a autoridade policial a vasculhar, sem qualquer restrição, o lar de todo e qualquer habitante de determinada cidade, ante a justificativa de buscar provas incriminatórias.

É por tais motivos que não considero possível o fornecimento dos dados cadastrais, da forma como foi determinado pela autoridade coatora, sem a presença dos requisitos legais preconizados pela Constituição e pela Lei 9.296/96.

Ante a presença do direito líquido e certo da impetrante, e a caracterização da ameaça de lesão ao mesmo, concedo a segurança.

Sem custas ou honorários, conforme dispõe a legislação concernente.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Emane Fidélis - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Acompanho o eminente Relator para rejeitar a preliminar e deferir a ordem.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

EXECUÇÃO FISCAL - ACORDO - PARCELAMENTO DE DÍVIDA - NOVAÇÃO - INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DURANTE O PRAZO CONCEDIDO PELO CREDOR PARA QUE O DEVEDOR CUMPRA VOLUNTARIAMENTE A OBRIGAÇÃO - TÉRMINO DO PRAZO SEM O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - RETOMADA DO CURSO DO PROCESSO

- O acordo sobre o parcelamento da dívida suspende a execução fiscal durante o prazo concedido pelo credor para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, não importando em novação da obrigação nem na extinção do processo. Findo o prazo avençado sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.359-3/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Execução fiscal - Acordo sobre o parcelamento de dívida - Novação da obrigação - Inexistência - Extinção do processo - Inocorrência - Suspensão da execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação - Término do prazo sem o cumprimento da obrigação - Retomada do curso do processo. - O acordo sobre o parcelamento da dívida suspende a execução fiscal durante o prazo concedido pelo credor para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, não importando em novação da obrigação nem na extinção do processo. Findo o prazo avençado sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2003. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, sem preparo, por estar dele isenta a apelante.

E, dela conhecendo, dou-lhe provimento, para, reformando a sentença apelada, determinar que a execução fique suspensa, arquivando-se

provisoriamente os respectivos autos, até que seja cumprido o acordo ou que, não sendo ele cumprido no prazo avençado, a execução tenha prosseguimento normal, por haver o pacto ficado sem efeito, nesse caso, restabelecendo-se a situação anterior à avença.

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais da sentença mediante a qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Registros Públicos da Comarca de Contagem decretou a extinção do processo sem o julgamento do mérito, pondo termo à execução fiscal por ela proposta contra a empresa-apelada, por terem as partes avençado o parcelamento do débito, ao entendimento de que ocorreu novação, em decorrência da qual o título executivo perdeu a sua exigibilidade.

Não há que se falar em novação, porque o acordo sobre o parcelamento da dívida não extinguiu a obrigação nem a substituiu por outra, mas apenas alterou a forma e a data do seu cumprimento, de modo que, se o que foi avençado não for cumprido, na data e na forma pactuadas, a dívida continuará existindo, restabelecendo-se a situação existente ao tempo do ajuizamento da execução fiscal, pelo que, só pelo cumprimento integral do que foi acordado, ela deixará de existir.

Tem aplicação à espécie ora em julgamento, como bem pondera a apelante em suas razões de apelação, o disposto no art. 792 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual:

> Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.
>
> Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994),

combinado com o art. 1º da Lei 6.830/80, por força do qual se aplicam subsidiariamente à execução fiscal as normas do Processo Civil, dele constando que:

> a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil,

assim como o art. 151, inciso I, do Código Tributário Nacional, de acordo com o qual a moratória suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Custas, a final.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

SERVIDOR PÚBLICO - ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA - ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CF/88 - CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - CUMPRIMENTO - RECONHECIMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA - PRESCRIÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA

- Se o objetivo da ação é o reconhecimento judicial da existência de um direito que foi mal interpretado pela Administração, qual seja, o de cumprimento do tempo necessário de serviço para obtenção da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88, caracteriza-se a atividade jurisdicional de efeito meramente declaratório, não havendo falar em prescrição.

- Tendo o servidor, à data da promulgação da Constituição Federal/88, exercido função pública há mais de cinco anos continuados, preenche ele o requisito para aquisição da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do ADCT da referida Carta Magna, e os pequenos intervalos de poucos dias existentes entre uma contratação e outra não constituem entrave à concessão do benefício.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0394.00.010874-3/001 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. MANUEL SARAMAGO

Ementa oficial: Administrativo e Constitucional - Ação declaratória - Servidor público - Estabilidade extraordinária - Prescrição. - Preenchendo o requisito da continuidade da prestação dos serviços, há de se reconhecer a estabilidade extraordinária pleiteada. Não se há falar em prescrição na espécie, haja vista que o pedido não é de correção do ato estatal irregular, mas de mera declaração de certeza jurídica. Precedentes.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Manuel Saramago - Conheço do recurso, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Dizendo-se professora da rede estadual, a apelada propôs a presente ação *em 30.06.00*, buscando fosse reconhecida sua estabilidade no serviço público, com fundamento no art. 19 do ADCT da Constituição da República.

Porque revelada a prestação continuada dos serviços no qüinqüênio que antecedera a promulgação da Carta Magna de 1988, não a desconfigurando pequenas interrupções no ano de 1984, o digno Magistrado julgou procedente a pretensão articulada, reconhecendo-se o direito à estabilidade, após afastar preliminar de prescrição.

Da decisão recorre o Estado de Minas Gerais.

Novamente, sustenta o apelante a ocorrência de prescrição, desde que proposta a presente ação após o lapso prescricional, decorrido da negativa administrativa, que se teria dado *em 30.11.94*.

E, mais, porque a ação teria natureza constitutiva e condenatória, descaberia o fundamento de que, sendo de natureza declaratória, não teria havido prescrição na hipótese.

I - Da prefacial de prescrição.

Data venia, não se verificou a prescrição na espécie, assim como considerou o digno Sentenciante:

> No caso em testilha é latente a tipicidade do provimento jurisdicional como instrumento meramente declaratório, posto que a pretensão inaugural outro objetivo não contém senão o de receber provimento judicial definitivo quanto ao atendimento dos requisitos legais para obtenção da estabilidade gizada em sede constitucional.
>
> Revela-se, portanto, irrelevante jurídico o fato de a pretensão ter sido apreciada (e negada indevidamente) em seara administrativa, haja vista que o pedido não é de correção do ato estatal irregular, mas mera declaração de certeza jurídica, repita-se.

Aliás, em sintonia com o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 407.005/MG, de que foi Relator o Min. Vicente Leal, em sessão de 1º.10.02:

> Ementa: Administrativo. Servidora estadual. Estabilidade. Ação declaratória. Prescrição. Não-incidência.
>
> - A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar o entendimento de que a ação puramente declaratória é imprescritível.
>
> - Objetivando a demanda a proclamação judicial da existência de um direito que foi mal interpretado pela Administração, qual seja, o de que a autora detém tempo necessário de serviço para obtenção da estabilidade prevista na Carta Magna, caracteriza-se a atividade jurisdicional de efeito meramente declaratório.
>
> - Recurso especial não conhecido.

Rejeita-se a prefacial, pois.

II - Quanto à pretensão articulada.

A questão posta em discussão não é nova.

É que o art. 19 do ADCT conferiu o direito de estabilidade excepcional ao servidor público que, à data da promulgação da Constituição Federal, estivesse em exercício de função pública há mais de cinco anos continuados.

Obviamente, o benefício não alcançava aqueles servidores públicos que, embora prestando serviço por longos anos, não o fizessem por período contínuo.

Além da prova oral, a requerente trouxe cópias de certidões de tempo de serviço e comprovou ter

exercido a função de professora entre 1983 e 1998 - sem falar em tempo anterior, a que ela se referiu em depoimento pessoal (fls. 222).

É certo que, no curso do ano de 1984, não tivesse a autora exercido toda jornada de trabalho do ano letivo.

Mas, como está na sentença, também é certo que

> as faltas atribuídas à servidora jamais ocorreram e, se alguma interrupção houve, esta se deu pela ausência de convocação por parte do réu (fls. 251).

Ora, os pequenos intervalos existentes entre uma contratação e outra não retiravam o direito da autora, pois tais interrupções são a toda evidência uma forma de burlar a própria legislação e ocultar uma prestação de serviço contínua.

Com exceção de poucos dias em fevereiro, março, junho, agosto e dezembro de 1984, não consta mais qualquer cessão no período de cinco anos que antecedeu a Constituição de 1988.

Na verdade, a autora preenche as condições constitucionais para o reconhecimento de sua estabilidade, e os argumentos trazidos pelo Estado não se prestam para lhe retirar tal direito.

Aliás, exatamente como decidiu o Des. José Francisco Bueno, em caso parecido, no julgamento da referida Apelação Cível nº 170.177-0, embora vencido:

> No que concerne ao requisito da continuidade, na prestação laboral, durante o qüinqüênio que antecedeu à promulgação da Magna Carta, vejo que, no caso específico da apelada, os breves interregnos de poucos dias entre as seguidas designações não tiveram o condão de desvinculá-la da Administração, como afirma o recorrente, nem teve a Secretaria da Educação o real interesse de dispensá-la, nesses lapsos de alguns dias, haja vista que foram renovadas, quase que imediatamente as diversas designações.
>
> A expressão 'cinco anos continuados' do referido art. 19 não possui a rigidez conceitual que lhe atribui o recorrente, desde que não se vê a mínima manifestação nem da Administração e nem da servidora no sentido da interrupção na prestação laboral.
>
> Tanto é assim que o ADCT da Constituição Mineira, mencionado no parecer de fls. 48, contempla, em seu art. 29 e parágrafo único, como de efetivo exercício, para o fim de estabilidade constitucional, as faltas ao serviço de até um mês por ano, nos anos de 1987 e 1988, além de assim considerar também os períodos de férias.
>
> De conseguinte, como bem analisado na r. decisão hostilizada, as certidões de contagem de tempo colacionadas aos autos noticiam nada mais que alguns poucos dias de interregno entre as várias designações, que se debitam à burocracia da Administração nas respectivas renovações, além de eventuais faltas da servidora ao serviço, que não caracterizam solução de continuidade no exercício da função.

Como observado, abrandando o rigor da norma, *mutatis mutandis*, a hipótese dos autos encontra temperamentos diante do art. 29 do ADCT da Constituição Estadual, que assim dispõe:

> O servidor de unidade escolar que teve seu contrato interrompido pelo Estado durante o período de férias escolares terá, para o fim de aquisição do direito à estabilidade, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, contado como continuado o tempo de serviço prestado, desde que o contrato tenha sido renovado por cinco anos letivos consecutivos.
>
> Parágrafo único. Será considerado continuado, para o efeito deste artigo, além do interstício de férias escolares, o período de interrupção de contrato promovida pelo Estado nos anos de 1987 e 1988, desde que, em cada ano, não supere trinta dias.

Outrossim, a sentença encontra ressonância no vasto entendimento jurisprudencial sobre a matéria:

> Professor da rede pública estadual - Estabilidade constitucional - Sucessivas dispensas e recontratações - Tempo de serviço contínuo - Artigo 19 do ADCT. - Não desrespeita o requisito constitucional da continuidade da prestação de serviço, se, nos cinco anos anteriores à data de 05.10.1988, o professor da rede pública de ensino é afastado de suas atividades ao final de cada ano letivo com sucessiva recontratação ao reinício das aulas. Prestados os serviços públicos, de forma contínua, pelo qüinqüênio exigido, é de ser reconhecida a estabilidade ao servidor, com fulcro no art. 19 do ADCT. (Apelação Cível nº 186.468-5/00, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. em 22.02.2001, p. 19.04.2001.)

Em igual sentido, o col. Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre o assunto:

> Estabilidade - Servidores não concursados - Tempo de serviço - Caráter continuado - Alcance do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. - Descabe ter como conflitante com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 provimento judicial em que se reconhece a estabilidade em hipótese na qual professor, ao término do ano letivo, era 'dispensado' e recontratado tão logo iniciadas as aulas. Os princípios da continuidade, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé obstaculizam defesa do Estado em torno das interrupções e, portanto, da ausência de prestação de serviços por cinco anos continuados de modo a impedir a aquisição da estabilidade (STF, RE 161.039-5-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 02.10.98).

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo a sentença. Tenho por prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

GUARDA DE MENOR - PRONTUÁRIO MÉDICO - REQUISIÇÃO - ADMISSIBILIDADE - CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA - EXCEÇÃO

- Conforme se depreende da leitura do art. 102 do Código de Ética Médica (Res. nº 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina), o sigilo profissional não é absoluto, sofre exceções quando se tratar de justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

AGRAVO Nº 337.430-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Agravo de instrumento. Processo civil - Guarda - Menor - Prontuário médico - Requisição - Admissibilidade - Código de Ética Médica - Exceção. - O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme se depreende da leitura do art. 102 do Código de Ética Médica. Nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

A decisão trasladada à fl. 156-TJ, em ação de guarda de menor, determinou a requisição de cópias do prontuário médico-hospitalar da agravante.

A recorrente sustenta que tal decisão desrespeita o sigilo médico, uma vez que a documentação é protegida pelo segredo profissional.

Contra-razões às fls. 161/164-TJ.

Inicialmente, saliento que o presente agravo de instrumento não perdeu o seu objeto, com a juntada do prontuário médico-hospitalar (fls. 56/75-TJ), uma vez que a recorrente pede a reforma da decisão agravada e, por conseqüência, o desentranhamento do referido documento.

A Constituição da República garante o direito à intimidade, ao tempo em que os diversos estatutos das profissões liberais mantêm a preservação do sigilo profissional - seja contador, advogado ou médico, a regra é a do sigilo.

É certo também que o preceito sofre exceções, como estabelece o próprio Código de Ética Médica, no seu art. 102, ao excepcionar o sigilo quando houver *justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.*

A hipótese dos autos abrange a exceção, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento ao pedido do agravado, visando apurar situação que possa colocar em dúvida a guarda exercida pela agravante sobre a menor.

As crianças são pessoas dotadas de direitos e interesses que se sobrepõem a todos os demais.

FERNANDO MALHEIROS leciona que:

> vivemos sob o império do interesse do menor, no sentido de que a decisão judicial deve buscar a solução que melhor preserve o direito das crianças. Devem, pois, os filhos ficar com o genitor que

demonstrar melhor capacidade de criá-los e educá-los (*Os Laços Conjugais e os Novos Rumos da Família*, 1994, p. 74).

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é a seguinte:

> Recurso em mandado de segurança. Administrativo e criminal. Requisição de prontuário. Atendimento a cota ministerial. Investigação de 'queda acidental'. Arts. 11, 102 e 105 do Código de Ética. Quebra de sigilo profissional. Não-verificação.
>
> - O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme se depreende da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética.
>
> - A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida.
>
> - Precedentes análogos.
>
> - Recurso desprovido (ROMS nº 11.453/SP, *DJ* de 25.08.2003, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRENOME - DESUSO - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 58 DA LEI Nº 6.015/73

- A lei não confere a possibilidade de se suprimir o prenome em razão de seu desuso.

- V.v.: - O art. 58 da Lei nº 6.015/73, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.708/98, admite a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, tornando, assim, mais flexível a retificação do nome civil, que não mais se restringe às mudanças em caso de exposição ao ridículo ou de erro gráfico evidente. Assim, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para o resguardo de interesses de terceiros e para que a identidade do pretendente não seja ocultada, deve-se permitir a retificação de seu prenome por aquele conhecido no ambiente social e profissional. *(Des. Brandão Teixeira)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 327.632-6/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Exclusão de prenome - Desuso - Impossibilidade. - O desuso de um nome não possibilita suprimi-lo.

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 NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de pedido de exclusão de prenome, ajuizado por Raimunda Elisângela Carneiro Lucas, julgado improcedente pela sentença de que se recorre (fls. 37/38-TJ).

Inconformada, apela a requerente (fls. 39/42-TJ), sustentando, em síntese, que, pelo fato de ser conhecida como Elisângela Carneiro Lucas, permite o parágrafo único do art. 58 da Lei nº 6.015/73 a supressão do prenome *Raimunda*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 50/57-TJ, opina pela manutenção da sentença.

Assim relatados, passo à decisão.

Expressa o art. 58 da Lei nº 6.015/73:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

E prevê o seu parágrafo único:

> 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.

Com efeito, sobressai incontroverso que o desuso de um prenome não possibilita suprimi-lo. Assim, o fato de a apelante usualmente omitir o prenome Raimunda não se configura em fato gerador do pedido de substituição de prenome. Aliás, pessoalmente, declarou a apelante que:

> deseja retificar seu nome, haja vista ser conhecida no meio social apenas como Elisângela Carneiro Lucas; que deseja supressão do prenome apenas porque o nome composto lhe traz confusão e as pessoas dizem que não sabia possuir o nome de Raimunda; que não existe outro motivo específico; que a depoente não trabalha fora (fl. 33-TJ).

De todo o exposto, conclui-se que o motivo pelo qual a apelante deseja suprimir o prenome Raimunda não é contemplado pela legislação de regência, de modo que nenhum ajuste merece a r. sentença hostilizada.

Assim sendo, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Conheço do recurso interposto contra a r. sentença de fls. 37/38, por meio da qual a douta Juíza da Comarca de Ubá julgou improcedente o pedido de retificação do assentamento no Registro Civil proposta por Raimunda Elisângela Carneiro Lucas.

A autora, ora apelante, requereu a exclusão do prenome "Raimunda" de seu nome civil. Argumentou que

> é conhecida no meio social em que vive, e, nas transações comerciais que realiza, somente pelo nome de *Elisângela Carneiro Lucas*.

Em audiência (fls. 32/35), foi produzida prova oral. As testemunhas ouvidas afirmaram que não conheciam a autora pelo prenome "Raimunda", mas por Elisângela ou pelo apelido de "Lili".

O Ministério Público estadual, por meio do parecer de fl. 35-verso, opinou pela procedência do pedido, "a fim de adequar o registro civil à realidade social, eis que trará benefícios à autora e não produzirá prejuízos a terceiros".

A ilustre Juíza *a qua* concluiu que:

> o caso não se enquadra nos casos do permissivo legal, vez que não restou demonstrado na prova oral colhida que o prenome da autora a submete aos riscos e aos escárnios das pessoas, ou que esta sente-se ridícula por possuir como o primeiro nome 'Raimunda' (fl. 37).

Data venia, penso que a solução deve ser diferente daquela dada pela ilustre Sentenciante e confirmada pelo douto Relator.

No presente procedimento de jurisdição voluntária, a causa de pedir, a motivar o pedido de exclusão de um dos prenomes do nome civil da autora, consistiu no fato de não ser a mesma conhecida no meio social como Raimunda, mas, exclusivamente, como Elisângela (*Elisângela Carneiro Lucas*). Antes se casar com Ivan Alcântara Lucas, assinava *Raimunda Elisângela Carneiro Lamas*. É filha de Wilson Ferreira Lamas e Sebastiana Carneiro Lamas.

Sabe-se que a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta e irredutível. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina e a jurisprudência admitem sua alteração em algumas hipóteses. O bem jurídico que o princípio da imutabilidade procura tutelar é "*a fixidez e regularidade dos meios de identificação dos diversos indivíduos*" (R. LIMONGI FRANÇA, *in Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, p. 251, RT, 1958). Por isso, imutável deve ser considerado o nome pelo qual a pessoa é socialmente conhecida, e não aquele com o qual fora registrada (*vide* jurisprudência do STJ: Recurso Especial nº 213.682-GO - www.stj.gov.br).

O artigo 56 da Lei nº 6.015/73 assegura ao interessado, no curso do primeiro ano após atingir a maioridade, alterar o nome desde que não prejudique os apelidos familiares. O artigo 57 e seus parágrafos disciplinam as alterações de nome depois da maioridade, exigindo para tanto justo motivo e sentença judicial, com intervenção do Ministério Público.

Com a redação atribuída pela Lei 9.708/98 ao art. 58 da Lei 6.015/73, passou-se a admitir a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Assim, a Lei de Registros Públicos tornou mais flexível a retificação do nome civil, que não mais se respalda somente nas hipóteses que foram elencadas

na sentença: "*a) retificação em caso de erro gráfico evidente; b) mudança em caso de exposição ao ridículo*".

Compondo o nome civil, juntamente com o nome de família (patronímico) e o cognome (apelido), o prenome destina-se mais comumente à identificação do indivíduo perante a família e a sociedade. Por isso, não se pode desconsiderar, para fins de julgamento do pedido de retificação, o fato de ser ou não ser conhecido o prenome de uma pessoa, no meio social, mormente quando ela possui prenome composto, somente é conhecida por um dos prenomes e incomoda-se com o uso do outro. Modernamente, em casos como tais, tem-se admitido a exclusão de um dos prenomes, desde que tal modificação não enseje prejuízo a terceiros, nem oculte a identidade do pretendente.

Não admitir a retificação como a pretendida pela apelante significa apego exagerado ao formalismo, o que sofre repulsa nos dias de hoje, principalmente quando a mudança do prenome não se dá por capricho ou malícia e as provas documental e testemunhal comprovam que ela é conhecida apenas como "Elisângela", e não como "Raimunda" ou "Raimunda Elisângela".

A manutenção do prenome Raimunda e sua assinatura causam transtornos à apelante, por não ser conhecida como tal. Além disso, não convém ocultar que, no meio masculino, há muito tempo, são comuns indiscrições relativas ao nome "Raimunda", de conotação machista, cuja referência não é incomum causar desconforto a algumas mulheres. A respeito de constrangimentos relativos a prenomes, confrontem-se as Apelações Cíveis nº 2000.04.01.004115-1/RS e nº 2001.04.01.057010-3/RS, julgadas pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região.

Como essa noção advém das *praesumptiones hominis* (presunções do homem, presunções comuns) decorrentes das "*regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*" (art. 335 do CPC), pode-se considerar existente no processo algum indício de que a autora não faz questão alguma, no foro íntimo, de manter o prenome Raimunda em seu nome civil. Tanto é assim que deseja excluí-lo. Embora ela não tenha demonstrado insatisfação contra o costume apontado, a análise acima, de forma objetiva e respeitosa, contribui para o convencimento de que, justificadamente, a apelante deseja livrar-se do prenome que lhe caiu em desuso.

Assim, inexistindo dispositivo legal que vede a retificação de registro em análise e observando que os autos versam procedimento de jurisdição voluntária, em que o Judiciário deve exercer função tipicamente administrativa, e não jurisdicional, sem sujeição a critérios de legalidade estrita, impõe-se, *desde que tomadas as cautelas indispensáveis para o resguardo de interesse de terceiros*, reconhecer o direito subjetivo da apelante de excluir de seu nome civil a palavra "Raimunda", que consta como um de seus prenomes, evitando, assim, constrangimentos.

A jurisprudência acolhe o presente entendimento:

> Registro civil - Alteração de nome - Questões de fato e de direito - Processualidade. - Se as questões de fato e de direito foram devidamente comprovadas pelo requerente, não será desarrazoado o atendimento do pedido de retificação junto ao Registro Civil (Ap. Cível nº 214.098-6/00. Relator: Desembargador Francisco Figueiredo, publicado em 08.02.2002).

> Apelação cível - Registro civil - Retificação de assento de nascimento - Reconhecimento social - Recurso procedente. - 1. A alteração introduzida na legislação do registro civil (art. 58, parágrafo único, da Lei nº 6.015/73) pela Lei nº 9.708/98 admite a substituição do prenome por apelido público e notório. - 2. Reconhecida em seu ambiente social e profissional através do prenome praticado, deve o nome civil coincidir com a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade (Apelação Cível nº 0109020000, Acórdão 7.804, 6ª Câmara Cível do TJPR, Santa Helena, Relator Des. Ramos Braga, j. em 10.10.2001).

> Civil. Registros públicos. Prenome. Alteração. Possibilidade. - I - Para segurança das relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas físicas é conveniente a imutabilidade do nome, pois atributo da própria personalidade. Porém, essa regra não é absoluta, podendo o prenome ser substituído por apelido notório de seu titular. Inteligência do art. 58, *caput*, da Lei de Registros Públicos, com a redação emprestada pela Lei nº 9.708/98. Depois, a recorrente busca a tutela jurisdicional para chancelar uma situação de fato preexistente. - II - Recurso provido. Unânime (Apelação Cível nº 20000110397249 (155357), 2ª Turma Cível do TJDFT, Relator Des. José Divino de Oliveira, j. em 21.03.2002, *DJU* de 19.06.2002, p. 36).

Obviamente, devem-se resguardar todas e quaisquer obrigações, direitos e interesses de terceiros em relação à apelante ao tempo antecedente, seja quanto ao seu nome de solteira (*Raimunda Elisângela Carneiro Lamas*), seja quanto ao nome após seu casamento (*Raimunda Elisângela Carneiro Lucas*) - as certidões juntadas às fls. 24/26 somente se referem à apelante com o nome de solteira.

Conclusão.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para determinar a exclusão do prenome Raimunda no registro da apelante, para que conste no assento civil o nome Elisângela Carneiro Lucas.

Oficie-se o Cartório de Registro Civil competente para proceder à retificação da certidão de nascimento e da certidão de casamento.

Oficiem-se a Secretaria de Segurança Pública Estadual; a Polícia Federal; o Cartório Eleitoral; as Receitas Federal, Estadual e Municipal; a Justiça Federal e o distribuidor cível e criminal da Justiça Estadual.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

GUARDA DE MENOR - REQUERENTE - FALECIMENTO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - INVIABILIDADE - PROCESSO - EXTINÇÃO

- A guarda de menor constitui direito personalíssimo e intransferível, tanto é que o art. 33 da Lei nº 8.069/90 confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Por isso, o processo em que se postula a guarda não comporta substituição da parte ativa, sendo inaplicáveis a tais casos as hipóteses dos arts. 41 a 43 do Código de Processo Civil.

AGRAVO Nº 352.315-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Civil e Processual - Guarda de menor - Requerente - Falecimento - Substituição processual - Inviabilidade - Processo - Extinção. - A guarda de menor constitui direito personalíssimo e intransferível, tanto é que, na dicção do art. 33 da Lei nº 8.069/90, confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Por isso, o processo em que se postula a guarda não comporta substituição da parte ativa, sendo inaplicáveis as hipóteses dos arts. 41 a 43 do Código de Processo Civil. Nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

M.L.P. recorre da decisão trasladada à fl. 30-TJ, que, após prolatada a sentença de improcedência do pedido de guarda de menor, indeferiu a substituição no pólo ativo da ação, que foi requerida na apelação interposta pela agravante (fl. 23-TJ), em razão do falecimento do autor, seu marido, bem como extinguiu o processo, nos termos do art. 267, IX, do Código de Processo Civil.

A recorrente alega que o autor do pedido, o falecido P.L.P., requereu a guarda do seu neto para fins previdenciários, uma vez que o menor sempre viveu sob os seus cuidados. Diz que, em razão do falecimento do autor no curso da ação, requereu a substituição processual para cumprir a vontade do seu marido. Aduz que há se permitir a substituição postulada, para a remessa do processo originário à segunda instância, a fim de que seja apreciado o recurso de apelação que apresentou contra a sentença de improcedência do pedido de guarda.

Em regime de plantão, o eminente Desembargador Aluízio Quintão indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada (fl. 35-TJ).

A guarda de menor constitui direito personalíssimo e intransferível, tanto é que, na dicção do art. 33 da Lei nº 8.069/90, confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Por isso, o processo em que se postula a guarda não comporta substituição da parte ativa,

sendo inaplicáveis as hipóteses dos arts. 41 a 43 do Código de Processo Civil.

O fato de o pedido de guarda objetivar, precipuamente, a inscrição de menor como dependente previdenciário do requerente não exclui as demais obrigações pessoais a cargo do guardião, que estão previstas no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo certo que, no caso, o cumprimento delas restou impossível, em razão do falecimento do autor.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> Guarda. Falecimento do requerente. Impossibilidade do cumprimento dos deveres insculpidos no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Extinção do processo (TJMG, Apelação Cível nº 158.769-0/000, Relator o Desembargador Abreu Leite, *DJ* de 14.04.2000).
>
> Guarda de menor. Direito personalíssimo intransmissível. Falecimento da requerente. Decretação da extinção do processo por perda de objeto. Apelação improvida. - Por ser a guarda de menor direito personalíssimo intransferível, justifica-se a decretação da extinção do processo por perda de objeto em decorrência do falecimento da requerente, impondo-se por isso o improvimento da apelação interposta da sentença pela qual foi decretada a sua extinção por esse motivo (TJMG, Apelação Cível nº 272.726-1/000, Relator o Desembargador Fernando Bráulio, *DJ* de 12.05.2003).
>
> ECA. Guarda de menor. Morte do requerente antes da sentença concessiva da guarda. Retratação. - O instituto da guarda impõe ao guardião o dever de suprir as necessidades de alimentação, saúde, educação, assistência moral e afetiva de que necessita a criança ou adolescente (art. 33 do ECA). Assim, com o falecimento do requerente, não é possível a manutenção da decisão concessiva da guarda. Apelo improvido (TJRS, Apelação Cível nº 598447399, Relator o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 24.03.1999).

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - COBRANÇA DE VERBAS SALARIAIS PROPOSTA CONTRA MUNICÍPIO - SERVIDOR CONTRATADO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO - REGIME CELETISTA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

- O servidor contratado sem concurso público, ao arrepio do inciso II do art. 37 da Carta Magna, pela Administração Pública, que adotou o regime jurídico único, submete-se ao regime das leis trabalhistas. Assim, compete à Justiça do Trabalho julgar demanda em que o servidor pleiteia verbas referentes ao seu emprego, na forma do art. 114, *caput*, da Constituição da República.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.894-3/00 - Comarca de Perdizes - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Incompetência absoluta - Ação ordinária de cobrança de verbas salariais proposta contra município - Servidora contratada, sem aprovação prévia em concurso público - Regime celetista - Competência da Justiça do Trabalho. - A apelada foi contratada irregularmente pela Administração Pública Municipal de Perdizes, ao arrepio do artigo 37, II, da Constituição Federal e da Lei nº 908/90, que adotou o regime jurídico único na localidade. Desse modo, como a apelada não se submete ao regime estatutário, ela permanece sob a égide das normas previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas, motivo pelo qual compete à Justiça do Trabalho julgar a presente demanda, na forma do artigo 114, *caput*, da Constituição da República.

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 CASSAR A SENTENÇA E DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Os presentes autos versam sobre recurso voluntário contra v. sentença que, na ação ordinária de cobrança de verbas salariais proposta por Miquelina Magalhães de Castro contra o Município de Perdizes, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu ao pagamento da quantia de 1.186,74 (mil cento e oitenta e seis reais e setenta e quatro centavos), corrigida monetariamente, de acordo com a tabela expedida pela Corregedoria-Geral de Justiça, desde o vencimento de cada parcela devida em atraso, acrescida de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação inicial. O réu foi, ainda, condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Restou consignado na sentença que não há o reexame necessário, porque a condenação imposta ao réu é abaixo de 60 (sessenta) salários mínimos (fls. 14 a 16).

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o Município de Perdizes ofertou apelação às fls. 21 a 23, pugnando pelo provimento do recurso, para que o pedido inicial seja julgado improcedente. Alegou que: a sentença de primeira instância merece reforma, porque é irregular a contratação da apelada, ante a ausência de concurso público; sendo a contratação nula, a apelada não tem direito ao crédito reclamado na inicial; e, na hipótese de a contratação irregular gerar direitos à apelada, é de se aplicar o Enunciado 363 do TST, "para conceder apenas os dias efetivamente trabalhados" (*sic* - fls. 23).

A despeito de a autora ter apresentado contrarazões, constata-se que o MM. Juiz monocrático determinou o seu desentranhamento, porque foi apresentada fora do prazo legal (v. fls. 30).

Incompetência da Justiça comum para apreciar e julgar o feito.

Verifica-se que, no caso em apreço, o MM. Juiz sentenciante não era competente para apreciar e julgar a presente demanda. Conforme se verá adiante, trata-se de incompetência absoluta que deve ser declarada *ex officio* pelo juiz, conforme dispõe o artigo 113 do Código de Processo Civil.

A Constituição da República, em sua atual redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, substituiu a expressão funcionário público por servidor público e expurgou, na redação original, regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias, fundações públicas.

Assim, servidores públicos são todos aqueles que possuem vínculo laboral com o Estado e com pessoas de direito público da Administração, mediante remuneração paga pelo erário. Compreendem: 1) estatutários: ocupantes de cargos públicos, mediante a aprovação em concurso público; 2) empregados públicos: ocupantes de emprego público, sob a égide da legislação trabalhista; e 3) servidores temporários: contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Com o objetivo de moralizar o acesso aos cargos e empregos públicos, a Constituição da República passou a exigir concurso público obrigatório na administração direta, indireta ou fundacional, das três esferas de governo: a federal, a estadual e a municipal. A exigência passou a valer também no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a teor do artigo 37, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> I - (...)
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A exceção autorizada para a admissão sem concurso público é para os casos necessários ao atendimento das necessidades temporárias e excepcionais de interesse público, nos termos do artigo 37, IX, da Constituição Federal, além da hipótese de livre nomeação para cargo em comissão, prevista em lei.

ALEXANDRE DE MORAIS leciona:

> (...) a investidura em cargos ou empregos públicos depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, e não há possibilidade de edição de lei que, mediante o agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público (*in Direito Constitucional Administrativo*, Editora Atlas, p. 153).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, assim decidiu:

> o ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37, II, da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso (ADIN nº 362-3/AL - Rel. Ministro Francisco Rezek, *DJ* de 04.04.1997).

No caso em tela, verifica-se que o Município de Perdizes instituiu o regime jurídico único, através da Lei nº 908/90. Assim, a partir da adoção de tal regime, as contratações de servidores públicos municipais e seu ingresso no serviço público se dão em decorrência de aprovação prévia em concurso público.

Depreende-se do exame dos autos que a apelada, que pleiteia direitos de natureza trabalhista, foi admitida no serviço público em 05 de julho de 1996, para exercer a função de professora, sem concurso público, conforme se infere do termo de audiência colacionado à fl. 14. Permaneceu em tal cargo até 31 de dezembro de 2001, quando foi exonerada.

Conclui-se, portanto, que a apelada foi contratada, irregularmente, pela Administração Pública Municipal de Perdizes, ao arrepio do artigo 37, II, da Constituição Federal e da Lei nº 908/90, que adotou o regime jurídico único na localidade.

Desse modo, como a apelada não se submete ao regime estatutário, ela permanece sob a égide das normas previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas, motivo pelo qual compete à Justiça do Trabalho julgar a presente demanda, na forma do artigo 114, *caput*, da Constituição da República, *in verbis*:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Alinhando-se com este entendimento, colacionam-se julgados do Superior Tribunal de Justiça, dando solução à controvérsia posta nos autos:

> Conflito negativo de competência. Reclamação trabalhista. Juízos estadual e trabalhista. Servidor de município. Contratação irregular. Ausência de concurso público.
>
> - 1. Contratado irregularmente, em face da ausência de aprovação em concurso público, exigida pelo regime jurídico único do Município, a relação de emprego do servidor não ingressa no alcance das normas estatutárias, permanecendo sob a regência das regras da CLT, pelo que compete ao Juízo Trabalhista a apreciação da existência ou não do vínculo empregatício e dos demais direitos trabalhistas pleiteados.
>
> 2. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Trabalhista, o suscitado (STJ, CC 29.574/CE (200000414018), Relator: Ministro Edson Vidigal, fonte: *DJ* data: 12.03.2001 p. 00087).
>
> Conflito de competência. Juízos estadual e trabalhista. Servidor municipal. Instituição de regime jurídico único. Contratação sem concurso público. Verbas celetistas. - O Município em questão adotou o regime jurídico único para seus servidores. Cuidando-se de discussão acerca de relação de emprego decorrente de contratação, sem prévio concurso público, após a instituição daquele regime, a competência se firma em favor do juízo especializado. Conflito conhecido, declarando-se a competência da 11ª Junta de Conciliação e Julgamento de Fortaleza, o suscitado (STJ, CC 29.496/CE (200000403733); Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, fonte: *DJ* data: 04.12.2000 p. 00054).

Colhe-se do voto do eminente Ministro Edson Vidigal, citado acima (Conflito de Competência nº 29.574/CE):

> (...) contratada de maneira irregular pela Administração Pública Municipal, ou seja, em desconformidade com as determinações do regime jurídico da localidade, não ingressa o servidor no alcance de suas regras, permanecendo sob a regência das normas trabalhistas gerais da CLT, pelo que compete à Justiça do Trabalho a apreciação da existência ou não do alegado vínculo empregatício com o Município e dos demais direitos trabalhistas pleiteados.

Registra-se que não se desconhece o entendimento esposado na Súmula 137 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, tal súmula não se aplica à espécie vertente, porque, como já dito *alhures*, o vínculo entre a apelada e o Município de Perdizes não é estatutário, mas sim celetista.

Com essas razões de decidir, impõe-se a remessa dos autos para uma das Varas do Trabalho que faz parte da Comarca de Perdizes, com a cassação da decisão recorrida, a teor do artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

Conclusão.

Diante das considerações acima tecidas, de ofício, casso a sentença monocrática, determinando a remessa dos autos para uma das Varas do Trabalho que integra a comarca de Perdizes, com o necessário retorno dos autos à Comarca de origem para baixa e anotações de praxe.

Custas, na forma da lei.

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

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA E DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO, DE OFÍCIO.

EMBARGOS DE TERCEIRO - VEÍCULO - PENHORA - ALIENAÇÕES SUCESSIVAS - TRADIÇÃO - COMPRA E VENDA - DOCUMENTO NÃO LEVADO A REGISTRO - IRRELEVÂNCIA - PROVA DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE - AVENÇA PACTUADA - AVALIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - RECIBO DE TRANSFERÊNCIA PREENCHIDO APÓS A PENHORA - MÁ-FÉ CARACTERIZADA

- A compra e venda de um bem móvel, por si só, aperfeiçoa-se no momento da tradição, e a obrigação pública de registrá-lo não constitui óbice à sua transmissão. Assim, o fato de o veículo estar registrado em nome do executado, posto indicar presunção de propriedade, não impede o terceiro que se julga o verdadeiro proprietário de opor embargos, a fim de livrar o bem da constrição judicial. Mas, para tanto, deve o embargante apresentar um documento autêntico e válido que comprove a transferência da propriedade, cabendo ao Judiciário averiguar a validade da avença pactuada, bem como a boa-fé do respectivo adquirente.

- O preenchimento do recibo de transferência de veículo, após a penhora efetivada sobre o mesmo, revela nítida intenção de afastar o conluio e a fumaça de fraude, caracterizando a má-fé.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 348.092-8/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Embargos de terceiro - Veículo - Alienações sucessivas - Compra e venda - Documento não levado a registro - Penhora - Ausência de prova - Caracterização da má-fé. - A compra e venda de um bem móvel, por si só, aperfeiçoa-se no momento da tradição, sendo certo que a obrigação pública de registrar não impede a transmissão do bem. O fato de o veículo penhorado encontrar-se registrado em nome de empresa executada indica forte presunção de propriedade, mas nada impede que o terceiro possa embargar, para livrar o bem da constrição judicial. Nessa situação, impõe-se verificar a validade da avença pactuada, bem como a boa-fé do respectivo adquirente. O preenchimento do recibo de transferência de veículo, após a penhora efetivada sobre o mesmo, revela nítida intenção de afastar o conluio e a fumaça de fraude, caracterizando a má-fé. Rejeitar a preliminar e, em reexame necessário, reformar a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Versa sobre reexame necessário e recurso voluntário, interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença de fls. 34-v./35-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, que, em embargos de terceiro opostos por Antônio Saturnino Taramelli à execução fiscal que lhe move a ora recorrente, julgou-os procedentes, determinando, em corolário, a desconstituição da penhora recaída sobre o veículo descrito na inicial.

Em sede de razões recursais, às fls. 37/40, a apelante aduz, com foros de preliminar, a nulidade do

v. *decisum*, pela violação do contraditório, em razão da juntada de prova documental em audiência de instrução e julgamento, da qual não participou, pugnando, assim, por seu desentranhamento, além de insistir na ilegitimidade ativa *ad causam* do embargante, ante a falta de comprovação de posse ou propriedade do veículo.

No mérito, enfatiza a ausência de prova capaz de demonstrar a posse ou propriedade do veículo, ressaltando que o documento juntado a destempo, no seu modo de ver, desfavorece o embargante, "pois indica que a alienação ter-se-ia dado após a realização do bloqueio do veículo no Detran, em evidente fraude à execução" (*sic*).

Por derradeiro, protesta, caso confirmada a procedência dos embargos, o afastamento da condenação dos ônus sucumbenciais, de acordo com o princípio da causalidade ou, no máximo, sua redução, segundo o critério de apreciação eqüitativa.

Contra-razões às fls. 42/44, gizando pela mantença da decisão monocrática.

Apelo voluntário dispensado do preparo, por força do disposto no art. 511, § 1º, do Estatuto Processual Civil.

Subiram os autos.

Desnecessária a intervenção da d. Procuradoria-Geral de Justiça, a teor da inteligência contida na Súmula nº 189 do colendo STJ.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Prima facie, analiso a prefacial de nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, em face da juntada de prova documental em audiência de instrução e julgamento, sem a oitiva da parte *ex adversa*, ressaltando que a outra preliminar, referente à ilegitimidade ativa do embargante, vincula-se ao próprio mérito.

Data venia, creio não configurado o cerceamento de defesa.

Importa gizar que o documento juntado na audiência de instrução e julgamento (CRV e Autorização para Transferência de Veículo) não se considera novidade. Trata-se de mera repetição da cópia juntada à fl. 11, porém, preenchidos os campos com os dados do comprador exigidos na autorização, tal peculiaridade não deve acarretar a nulidade do v. *decisum*, mormente por ser de conhecimento da Fazenda-apelante, apesar de constar "em branco", quando dantes exibida, além de não influenciar na solução do litígio.

Portanto, repilo a preliminar.

Quanto ao mérito, *data venia* à concepção do nobre Julgador, mas entendo que sua r. sentença merece reforma.

Em suma, Antônio Saturnino Taramelli aforou embargos de terceiro em face da penhora efetivada sobre um veículo nos autos da execução fiscal promovida pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Concremol Indústria e Comércio Ltda., à consideração de que é o legítimo proprietário do bem penhorado, adquirido de boa-fé, embora não revestido de maiores formalidades, postulando, assim, pela desconstituição definitiva da constrição judicial.

Com a inicial, foram juntados documentos de fls. 07/11.

O mérito do discutido exige, em preliminar, que se tenha fixado ser a seara dos embargos de terceiro extremamente restrita à discussão em torno da propriedade sobre o bem constritado judicialmente.

Sobre o tema, anotam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

> Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração na posse) ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser (*Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.009).

Acerca da natureza jurídica dos embargos de terceiro, leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> Há, entre eles, uma natural carga declaratória, em torno da ilegitimidade do ato executivo impugnado. Há, também, um notável peso constitutivo, pois, reconhecido o direito do embargante, revogado terá de ser o ato judicial que atingiu ou ameaçou atingir seus bens. Há, enfim, uma carga de executividade igualmente intensa, porquanto a atividade jurisdicional não se limita a declarar e constituir. Vai além e, tão logo reconhecido o direito ao embargante, atos materiais do juízo são postos em prática para liberar o bem constrito e pô-lo novamente sob a posse e disponibilidade efetivas do terceiro (*Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 33, p. 321).

Transposto este aspecto, fere-se o cerne do discutido.

Consabido que a compra e venda de um bem móvel, por si só, aperfeiçoa-se no momento da tradição, sendo certo que a obrigação pública de registrar não impede a transmissão do bem; todavia, a falta de registro não opera efeitos perante terceiros, no caso, o Departamento de Trânsito, em virtude da falta de publicidade do ato.

No presente caso, o fato de o veículo penhorado encontrar-se registrado em nome de empresa executada indica forte presunção de propriedade, mas nada impede que o terceiro possa embargar, para livrar o bem da constrição judicial.

Para tanto, mister que o embargante apresente um documento autêntico e válido a comprovar a aludida transferência, em que pese a ausência de registro. Importa enfatizar que, na presente hipótese, a lei não obriga a comprovação do ato por nenhuma forma solene, vale dizer, a prova é livre, desde que admitida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Logo, não estou a discordar do nobre Sentenciante de que a propriedade de bens móveis se transfere com a simples tradição, sendo o registro no departamento de trânsito mera formalidade administrativa.

Passando à análise do aparato probatório dos autos, verifica-se que o veículo de marca Ford/F2000, ano e modelo 1983, inicialmente, encontrava-se registrado em nome de Concremol Indústria e Comércio Ltda., que o transferiu para Luis Antônio Felipe em 1º.08.1996, conforme data aposta no reconhecimento de firma (fl. 08), pelo valor de R$8.700,00 (oito mil e setecentos reais), que, logo em seguida, alienou este mesmo veículo a Carlos Cândido de Macedo, conforme documentação juntada à fl. 09.

Essas informações são corroboradas pela certidão de fl. 07, emitida pela Escrivã da 189ª Ciretran.

Como é cediço, no cotidiano, esse tipo de situação é muito comum. Freqüentemente, o mesmo automóvel é alienado sucessivas vezes, num curto período de tempo e sem a devida transferência no registro de propriedade do veículo. Acontece que, não raras vezes, o veículo pode sofrer constrição judicial, em função de um processo executivo, buscando a satisfação de um crédito devido pelo proprietário do veículo registrado no departamento de trânsito, levando a parte prejudicada a ajuizar competente ação para livrar-se desse ônus.

Nessas situações, impõe-se verificar a validade dessa última avença pactuada, bem como a *boa-fé* do respectivo adquirente.

In casu, o documento juntado na audiência de instrução e julgamento, da qual não participou a apelante (fl. 33), a princípio, seria suficiente para comprovar a aquisição do veículo pelo embargante. Todavia, trata-se do mesmo documento apresentado com a inicial; porém, nesta ocasião, não se encontrava preenchido com seus dados, assim como o valor da operação, mas tão-somente com assinatura do suposto proprietário-vendedor (fl. 11), sem firma reconhecida.

Logo, apesar de inexistir aparente vício nessa última transação, a meu ver, tal atitude revela indício de que o apelado esteja agindo de má-fé, isto é, somente após tomar conhecimento da referida constrição, cuidou de preencher o recibo de transferência, ao intuito de afastar o conluio e a fumaça de fraude.

São pequenos detalhes que merecem observância.

Houve omissão do embargante na inicial a respeito da data em que foi feita a provável transferência do veículo em seu nome, além da ausência das cópias dos autos da execução fiscal, indicando o momento da citação da executada, para fins de averiguar a caracterização ou não de fraude.

Ademais, na peça inaugural, distribuída em 05 de dezembro de 2001, o embargante afirma que se encontrava na posse do bem há dois anos, levando a crer que, desde o final do ano de 1999, o bem já pertencia ao mesmo, pois a tradição de bem móvel transmite posse e propriedade. Contudo, no recibo de transferência preenchido durante a tramitação do presente feito consta que a venda do veículo se operou em 24 de junho de 2000, revelando, vez mais, a má-fé do apelado.

Embora possa não parecer relevante, é de se estranhar a valorização que o veículo sofreu em quatro anos, conforme demonstram os documentos de fls. 08/33.

Portanto, razão assiste à Fazenda Pública estadual, ora recorrente, eis que inexiste qualquer prova capaz de demonstrar a lisura na transferência de propriedade do veículo descrito na inicial para o apelado, além de constatada fumaça de fraude e conluio, mediante o aparato probatório dos autos.

Forte nessas razões, rejeito a preliminar e, em reexame necessário, reformo a r. sentença, para julgar totalmente improcedentes os embargos de terceiro, mantendo-se a constrição levada a efeito nos autos da execução fiscal que recaiu sobre o veículo descrito na inicial.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Emane Fidélis - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA - PREFEITO - CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS PARA GARANTIR A CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS - MUNICÍPIO IMPEDIDO JUDICIALMENTE DE REALIZAR CONCURSO PÚBLICO - PAGAMENTO DOS SERVIDORES CONTRATADOS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO

- Se o prefeito cujo município está impedido judicialmente de realizar concurso público para provimento de cargos vagos efetua contratações emergenciais para garantir a continuidade dos serviços públicos - sob pena de colapso ou comprometimento dos mesmos -, não age ao arrepio da legalidade ou da moralidade administrativas nem causa prejuízo ao erário, quando determina o pagamento dos servidores contratados, não havendo que se falar em improbidade administrativa.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0377.03.900280-5/001 - Comarca de Lajinha - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Remessa necessária - Ações populares conexas - Pedido de anulação de portarias e de contratações emergenciais de servidores municipais - Município que estava impedido judicialmente de realizar concurso público para provimento de vários cargos que se encontravam vagos - Ausência de prejuízo do erário - Necessidade das contratações emergenciais para garantir a continuidade dos serviços públicos - Circunstância, ademais, de inexistência de qualquer servidor remanescente destas contratações, há vários anos - Decisão que julgou improcedentes os pedidos mantida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Observando-se o relatório de fls. 244/245 (dos Autos de Apelação nº 1.0377.03.900281-5), cabe acrescentar que a decisão monocrática de fls. 219/232 foi cassada, no seu reexame necessário, conforme acórdão de fl. 240, da Apelação Cível nº 248.358-4/00.

A Sexta Câmara Cível deste Tribunal, por unanimidade, entendeu que havia pedidos nas três ações populares que não estavam prejudicados pelo acolhimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 840/97 (fls. 148/170 - Apelação nº 900.280-5), com o cancelamento do concurso, a decretação da anulação de todos os atos de admissões, contratações ou designações de servidores, além da decretação da anulação de todas as portarias baixadas, baseadas na lei referida, com condenação em perdas e danos.

Assim, entendendo a negativa de prestação jurisdicional pela digna Magistrada de primeiro grau, em todos os processos apensados, a Turma Julgadora cassou a sentença, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para o exame do mérito, nas três demandas.

A digna Juíza monocrática, examinando o mérito das ações, julgou improcedentes os pedidos dos Processos nºs 2.859/98 e 2.925/98, em face do Município de Lajinha e Hilmar Sathler César, isentando os autores do pagamento das custas judiciais e ônus de sucumbência, por não existir nos autos comprovação de má-fé ao proporem as ações.

Fundamentou que os réus agiram acobertados pela legalidade, movidos pela necessidade de contratação de servidores municipais em regime emergencial, para garantir a continuidade dos serviços públicos no Município de Matias Barbosa.

Cientes da decisão de fls. 259/269, quedaram silentes as partes.

Sobem os autos para reexame necessário.

Conheço da remessa obrigatória e passo a reexaminar a questão.

Frise-se, antes de qualquer outra consideração, que a lei regulamentadora da improbidade administrativa, qual seja, a Lei 8.429/92, em seu art. 11, estabeleceu como ato de improbidade aquele que atenta contra os princípios da Administração Pública, independentemente de causar dano ao erário. Assim, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, será considerado como ato de improbidade. Mas, para isto, deve ser considerado outro fator, qual seja, a intenção da parte ativa.

A improbidade administrativa, efetivamente, exige como elemento de enquadramento a culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Disserta sobre este tema a renomada autora administrativista MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em sua obra *Direito Administrativo*, 15. edição, Atlas, p. 689, *in verbis* :

> No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

A procedência da ação popular, desta forma, está intimamente ligada à busca dos requisitos de existência da improbidade administrativa, em suas diversas espécies ensejadoras de prejuízo à Administração Pública (seja ele moral, financeiro, etc.).

Impende, pois, perquirir a propósito da ocorrência dos dois fatores necessários à procedência das presentes ações populares: a existência do dano ao patrimônio público e a responsabilidade dos réus pelo mesmo.

Assim considerado e após analisar cuidadosamente os fatos narrados e os documentos juntados pelas partes, não vejo como concluir de forma diferente do que fez a digna Magistrada singular.

Os pedidos iniciais, com efeito, cuidam da anulação das contratações e das portarias advindas da Lei Municipal nº 840/97, que, afinal de contas, foi dada como inconstitucional pelo eg. TJMG, através de ADIN. Também versam a respeito do ressarcimento do erário pelo então Prefeito Hilmar Sathler César.

Ocorre que, após verificar as circunstâncias e os fatos que levaram à edição do diploma municipal acima referido e às conseqüentes contratações emergenciais, não se pode considerar que o então prefeito tenha agido ao arrepio da legalidade ou da moralidade administrativas. Com efeito, vê-se que, após a anulação de concursos e afastamento de servidores do Município, vários cargos restaram vagos, pelo que novo concurso estava sendo providenciado pela Administração de Lajinha. O problema foi que o concurso que visava a preencher todos os cargos vagos passou a ser discutido judicialmente, tendo sido interrompida sua realização pela Justiça, o que deixou a Administração Municipal carente em relação a vários cargos, circunstância que, logicamente, poderia comprometer bastante a continuidade dos serviços públicos e a própria consecução dos objetivos últimos da Administração Pública.

Nesse interim, embasado na Lei 840/97, o alcaide local passou a contratar servidores em caráter de urgência, tendo aquele diploma legal, inclusive, ressalvado que as contratações seriam desfeitas assim que cessassem os impedimentos para a realização do certame e fossem aprovados novos candidatos.

Ora, todo o proceder da Administração Municipal leva a crer que as contratações baseadas na lei municipal referida, que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo TJMG, apenas e tão-somente visaram a resguardar o bom funcionamento

dos serviços públicos do Município de Lajinha, não permitindo que a prestação desses serviços ficasse interrompida por tempo indeterminado, o que, em última análise, iria contra o maior interesse público.

Tanto é verdade, que, de acordo com a certidão expedida pelo Secretário Municipal de Recursos Humanos e juntada à fl. 204 dos autos de nº 900.280-5, *não há mais a serviço do Município qualquer funcionário designado nos termos da Lei 840/97 e portarias subseqüentes, desde a data de 31 de dezembro de 1998.*

Destarte, não antevejo prejuízo para o Município, advindo das designações aqui combatidas, já que havia cargos vagos, sendo que alguns servidores foram reintegrados, por determinação da Justiça, *ao contrário de vários outros, que não foram reintegrados.* O simples pagamento de salários a servidores contratados não representa prejuízo aos cofres municipais, pois os serviços públicos de Lajinha tinham de ser mantidos, sob pena de colapso ou comprometimento sério dos mesmos.

Assim, incabível a condenação do prefeito a indenizar prejuízo não apurado. Quanto à anulação das contratações e das portarias subseqüentes à Lei 840/97, esta parte do pedido encontra-se prejudicada, desde que o referido diploma foi declarado inconstitucional, além do fato de que já não existem mais servidores contratados sob aquele embasamento legal.

Com tais argumentos, mantenho a r. sentença monocrática em reexame obrigatório.

Sem custas, por não haver má-fé aparente dos autores, quanto ao ajuizamento das presentes ações populares.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Emane Fidélis - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

TÁXI - TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - AUTORIZAÇÃO DO DER/MG - EXIGÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO DECRETO ESTADUAL Nº 39.608/98 - DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL SEM FISCALIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS PASSAGEIROS

- A simples licença do veículo junto ao Detran/MG e a concessão municipal para táxi não autorizam o transporte rodoviário intermunicipal de pessoas em veículo de aluguel, ainda que em viagem caracterizada como eventual, especial ou gratuita, pois a legislação vigente (art. 2º do Decreto Estadual nº 39.608/98) exige, para tanto, prévia autorização do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais-DER/MG.

- A fiscalização do serviço de transporte intermunicipal é um direito do cidadão usuário e não constitui afronta ao livre exercício profissional do concessionário, pois, sendo o serviço regulado e concedido pelo Estado, é necessário evitar o transporte clandestino, capaz de provocar a insegurança do transportado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0351.02.010904-4/001 - Comarca de Janaúba - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Ementa oficial: Simples licença de táxi não autoriza o transporte intermunicipal de passageiros, ainda que em caráter eventual, sendo exigida para tanto a licença do órgão responsável - DER/MG.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2003. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Cuidam os autos de ação mandamental aforada por

Cícero Pereira da Silva contra ato da Polícia Militar Rodoviária Estadual, 3º Grupamento de Polícia Rodoviária Estadual de Janaúba/MG, representada por seu Comandante, Sgt. Marcelo Veloso Mendes, a qual veio a ser julgada extinta, sem apreciação do mérito, pela sentença de fls. 53/55.

Não se conformando, recorreu o impetrante às fls. 57/59, postulando a integral reforma da decisão singular.

Preliminarmente.

Nas contra-razões de fls. 62/65, o Estado de Minas Gerais argüi, em preliminar, ser inepta a peça recursal; no entanto, assim não entendo.

De simples leitura da petição aludida, percebe-se que a mesma preenche, ainda que minimamente, os requisitos exigidos por lei, tanto assim que o apelado pode, perfeitamente, contrariá-la, combatendo veementemente as assertivas ali lançadas.

Portanto, *rejeito* a preliminar erigida em contra-razões recursais e, por entender presentes os pressupostos próprios de sua admissibilidade, *conheço* do recurso voluntário apresentado.

Mérito.

Adentrando o mérito do recurso, verifico que razão alguma socorre o apelante.

Extrai-se dos autos, notadamente da peça inaugural, que o impetrante/recorrente pretende, com a presente ação, na verdade, uma autorização para que possa, diuturnamente, proceder ao transporte intermunicipal de passageiros sem que para tanto tenha que se submeter às fiscalizações exercidas tanto pela Polícia Rodoviária Estadual, quanto pela Polícia Rodoviária Federal "*e outros órgãos de fiscalização do trânsito*" (fls. 10), esperando que se determine aos integrantes destas agremiações

> que se abstenham das autuações referentes ao transporte remunerado de passageiros em viagens intermunicipais praticadas pelo impetrante, permitindo ao mesmo livre acesso e trânsito livre nas rodovias estaduais e federais de nosso País com seu veículo (...) (fls. 10).

Diante da extensão do pedido formulado, que atinge não apenas os integrantes da Polícia Rodoviária Estadual, mas também os componentes da Polícia Rodoviária Federal e de todos os demais órgãos de fiscalização de trânsito do País, de início pensei ser o caso de se cassar a sentença para que o impetrante pudesse emendar a inicial e trazer aos autos os chefes de cada uma destas entidades, eis que estes se revelam como litisconsortes necessários, em face da amplitude do pleito inicial deduzido. Isso, por sinal, acabaria por alterar a competência para o julgamento deste mandado de segurança, por força da intervenção de ente federal no caso.

No entanto, melhor analisando a questão, pude perceber que, na verdade, a inicial deste *mandamus* deveria ter sido indeferida de plano pelo Juiz *a quo*, conforme dicção clara do art. 8º da lei de regência.

Isso porque, como se denota dos autos, o ora apelante detém, apenas, alvará de licença para o transporte de passageiros como taxista no Município de Jaiba/MG cujo alvará, aliás, venceu em 31 de dezembro de 2002, como se tem de fls. 13, não havendo nos autos notícia de que tenha sido renovado.

Acontece, porém, que, para poder exercer o transporte intermunicipal de passageiros, ainda que eventualmente, seria necessário que o ora apelante demonstrasse, *ab initio*, que possui autorização para tanto expedida pelo DER/MG, um dos órgãos responsáveis pelo cumprimento e fiscalização da legislação de trânsito vigente em nosso País.

E, frise-se, na sua atribuição fiscalizadora, o DER/MG deve cuidar para que as pessoas que obtenham licença para prestar tais serviços sejam minimamente organizadas, de modo a terem capacidade para reparar eventuais danos causados ao usuário e/ou a terceiros.

O direito primordial a ser amparado é o do cidadão, como usuário de um serviço essencial, regulado e concedido pelo Estado, não sendo absoluta a garantia do livre exercício profissional do impetrante.

Não há, portanto, que se falar que as exigências feitas pelo DER/MG tolhem a livre iniciativa. Na verdade, as ditas restrições ou limitações objetivam exatamente o interesse público, evitando o transporte clandestino, sem fiscalização e sem identidade, capaz de provocar a insegurança do transportado.

Limitando o direito à livre iniciativa e, inclusive se sobrepondo ao mesmo, está o interesse público, o qual prevalece na atividade de transporte de passageiros, alçada a serviço essencial pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal, no seu art. 175, estabelece:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O serviço de transporte está, obviamente, inserido na categoria de serviço público, sendo competência privativa da União legislar sobre o mesmo, conforme dispõe no seu artigo 22, inciso XI, *in verbis*:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)
>
> XI - trânsito e transporte.

Em função de tais dispositivos constitucionais, vê-se que o serviço de transporte é público e será exercido mediante concessão ou permissão do Poder Público competente.

Patente, assim, o equívoco do impetrante ao pretender exercer tal atividade sem qualquer fiscalização e sem estar apto e enquadrado nos ditames legais pertinentes à espécie.

A competência do DER/MG para regulamentar a atividade de transporte intermunicipal está definida na Lei Estadual nº 11.403/94, que, em seus artigos 2º e 3º, dispõe:

> Art. 2º O DER-MG tem por finalidade assegurar soluções adequadas de transporte rodoviário de pessoas e bens, no âmbito do Estado de Minas Gerais.
>
> Art. 3º Para a consecução de seus objetivos compete ao DER-MG: (...)
>
> VII - conceder ou explorar diretamente os serviços de transportes coletivos rodoviários intermunicipal e metropolitano de passageiros.

Os Decretos nºs 32.656/91, 39.608/98 e 39.981/98, que dispõem sobre o mesmo tema e inclusive aqueles que lhe são posteriores, regulamentaram a lei estadual acima citada, sendo que o segundo deles, no seu artigo 2º, estatui que:

> o transporte rodoviário intermunicipal de pessoas no Estado de Minas Gerais, realizado em veículo de aluguel em viagem caracterizada como eventual, especial ou gratuita, depende de prévia autorização do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG.

Ressalte-se, por final, que, se o serviço é meramente eventual, não existem maiores empecilhos para a obtenção da documentação para tanto exigida. Mas, se, ao contrário, não for eventual, é ilegal, eis que desprovido da necessária e indispensável concessão ou permissão do Poder Público.

Na mesma esteira da legislação estadual e do regramento constitucional, o artigo 231, inciso VIII, do CTB, veda o trânsito de veículo, efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo nos casos de força maior ou com permissão de autoridade competente, cominando pena de multa e retenção do veículo. Como é sabido, o taxista não está licenciado para efetuar transporte intermunicipal coletivo de passageiros.

Simples licenciamento do veículo junto ao Detran/MG e concessão municipal para táxi não permitem que os impetrantes efetuem o transporte intermunicipal remunerado de passageiros. Para que possam exercer o transporte intermunicipal de passageiros, é preciso a autorização do órgão competente.

Concluo, por fim, que, sendo o transporte de passageiros serviço essencial, o mesmo há que ser severamente fiscalizado e observadas as exigências legais a seu respeito, a fim de evitar que a sociedade, como um todo, seja surpreendida com as notícias de acidentes estarrecedores, acerca dos quais as vítimas não tenham a mínima possibilidade de reparação.

Diante do exposto, não demonstrado o direito líquido e certo amparado pela via mandamental eleita, outro não poderia ser o desate a ser dado à causa, razão pela qual nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - VAGAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS - EDITAL - LEI DE REGÊNCIA - LEI ESTADUAL Nº 11.867/95 - REQUISITOS - PREENCHIMENTO - DECRETO FEDERAL Nº 3.298/99 - INAPLICABILIDADE - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS

- Os parâmetros alusivos ao concurso público hão de estar previstos no edital. É vedado à Administração impor aos candidatos requisitos não consignados na lei do concurso, não lhe sendo permitido criar novas exigências, com base em norma legal editada após a realização do certame.

- Se o candidato é cego do olho direito e deficiente parcial do olho esquerdo, sendo incapaz de desempenhar suas atividades dentro de um padrão normal, preenche ele os requisitos da Lei nº 11.867/95, não tendo aplicação o Decreto Federal nº 3.298/99, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

- V.v.: - Se a norma que define reserva de vagas para deficiente físico, consignada no edital de concurso do Estado (art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.867/95), tem eficácia limitada, na medida em que não estabelece objetivamente os critérios para definição de determinada pessoa como deficiente física, conduzindo à subjetividade do intérprete, admite-se, analogicamente, a aplicação da norma que regulamenta a matéria em nível federal (Decreto nº 3.298/99), na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ainda que o ato administrativo estadual, que determina a observância dessa norma federal, tenha sido editado após a realização do concurso. (*Des. Dorival Guimarães Pereira*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.482-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Ação ordinária declaratória, com pedido de liminar - Concurso público - Lei 11.867/95 - Vagas para deficientes físicos - Inaplicabilidade do Decreto Federal 3.298/99, que define conceitos de pessoa portadora de deficiência física, por ser posterior ao certame - Recurso provido para reformar a sentença e julgar o pedido procedente.

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, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 04 de setembro de 2003. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação ordinária declaratória, com pedido de liminar, proposta por Felipe Tadeu Portela Silva, assist. p/mãe, contra o Estado de Minas Gerais, buscando a declaração do seu direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria III, perante a Escola Estadual Catarina J. Gonçalves, para o qual foi aprovado em 9º lugar e vem ocupando há 3 anos, dentro do número de vagas reservadas para os deficientes físicos, pois, além de ser cego do olho direito, tem dificuldades visuais no olho esquerdo; que, após a sua nomeação, foi submetido à Junta Médica com base em decreto posterior à sua nomeação, que em parecer final, mesmo conhecendo a sua cegueira, considerou-o apto para o desempenho de atividades nas mesmas condições das demais pessoas, o que não pode prevalecer em face do disposto na Lei 11.867/95.

A liminar foi indeferida.

Foi interposto agravo de instrumento, que foi provido nesta instância.

O Estado contestou o pedido, alegando que a comprovação da deficiência física dependia de perícia médica; que o § 2º do art. 1º da Lei 11.867/95 não é auto-aplicável, daí por que a Administração estadual tomou como base o Decreto Federal 3.298/99, razão por que o autor foi impedido de tomar posse dentro das vagas para deficiente físico.

Na sentença exarada às fls. 176/179, o pedido foi julgado improcedente.

Insatisfeito, o autor apelou, dizendo que é deficiente visual nos termos da Lei 11.867/95, mas o réu considerou-o normal com base em norma prejudicial e posterior ao concurso, com o que concordou o Juízo, merecendo a sentença ser reformada.

Dispensa-se a atuação da douta Procuradoria-Geral de Justiça em respeito ao parecer de fls. 149/153.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do apelo, ressaltando que pretende

o apelante ver declarado o seu direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria III para o qual foi aprovado em 9º lugar, dentro do número de vagas reservadas para os deficientes físicos, por enquadrar-se no contido na Lei 11.867/95, pois, além de ser cego de um olho, tem pouca visão no outro.

Dispõe o § 2º do art. 1º da Lei 11.867/95, prevista no edital:

> Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, pessoa portadora de deficiência física é aquela que apresenta, em caráter permanente, disfunção de natureza física, sensorial ou mental que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro de um padrão considerado normal para o ser humano.

E prescreve o § 3º do referido artigo que:

> A comprovação da deficiência será feita sem ônus, por meio de laudo, emitido após perícia realizada por junta médica oficial,

deduzindo o Juízo que, sendo a Lei 11.867/95 de eficácia contida, a Resolução 03/2002 fixou critérios científicos e viabilizou a aplicação da lei estadual, não tendo importância se ela é anterior ou posterior ao edital, já que não implicou restrição de direitos.

Entretanto, entendo que o edital é a lei do concurso e, assim sendo, estabelece um vínculo entre a Administração e os participantes dele.

Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro os candidatos.

Assim, qualquer alteração durante ou após o processo seletivo que importe em mudança significativa dos requisitos ou prejudique o candidato pode fulminar o certame de nulidade.

No caso dos autos, o autor participou e foi aprovado em 9º em concurso público para o cargo de Auxiliar de Secretaria III e, como atesta o receituário médico do Ipsemg à fl. 23, sofre de cegueira total no olho direito e parcial no olho esquerdo, preenchendo, assim, os requisitos da Lei 11.867/95, que rege o edital e deve prevalecer.

O Decreto Federal 3.298/99, que criou parâmetros para a avaliação da deficiência física, é posterior ao certame e não pode retroagir, sob pena de prejudicar o autor, que já havia satisfeito as exigências impostas na época pelo edital, de acordo com a Lei 11.867/95.

A propósito, leciona CAIO MÁRIO:

> Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não pode ofender (*Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 115, 1992).

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a alteração das normas do certame, quando já realizadas as inscrições, *in verbis*:

> 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 a aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança pública, especialmente a ligada à relação de cidadão-Estado, rechaça a modificação pretendida (AGRRE nº 118.927-5/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 10.08.1995).

Este Tribunal também já se manifestou sobre a matéria, bastando colacionar a seguinte decisão:

> ante o princípio inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, revela-se ilegal o ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas para o concurso público, após a realização das provas, cria nova exigência, com base em norma posterior ao edital (Emb. Inf. 138.363-7/01, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Lucas Sávio Gomes).

O autor preenche os requisitos da Lei 11.867/95 (fls. 30), pois, sendo cego do olho direito e deficiente parcial no olho esquerdo, é incapaz de desempenhar suas atividades dentro de um padrão normal, não tendo aplicação o Decreto Federal 3.298/99, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

Com tais considerações, dou provimento ao apelo e reformo a sentença, para julgar o pedido procedente, invertidos os ônus da sucumbência.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Cuida-se de ação ordinária na qual Felipe Tadeu Portela Silva pleiteia o direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria II, para o qual prestou concurso público, dentro do número de vagas reservadas para deficientes físicos, posto que não possui visão no olho direito e dificuldades visuais no olho esquerdo, não obstante tenha sido submetido à perícia médica, com base em decreto posterior a sua nomeação, com o que não concorda, considerando-o apto para o desempenho das atividades normais.

Observo que a Lei Estadual 11.867/95, mencionada no Edital 01/2001, prevê reserva de vagas para deficientes físicos em seu art. 1º, cujo § 2º estabelece o que se segue:

> § 2º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, pessoa portadora de deficiência física é aquela que apresenta, em caráter permanente, disfunção de natureza física, sensorial ou mental que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro de um padrão considerado normal para o ser humano.

Como bem salientou o digno Magistrado de origem, a norma supramencionada tem eficácia limitada, o que significa dizer que é carente de regulamentação, na medida em que não define objetivamente os critérios para definição de determinada pessoa como deficiente física, conduzindo à subjetividade do intérprete, o que não se pode admitir.

Muito embora a Resolução 03/02 (fls. 27-TJ) tenha entrado em vigor após a publicação do edital do concurso em questão, no qual se estabelece que, para fins de reserva de vagas para deficiente físico, tenha-se como parâmetro o disposto na Lei Estadual 11.867/95 e que, para definição dos conceitos de pessoa portadora de deficiência, seja utilizado o Decreto Federal 3.298/99, não se pode negar que mencionado decreto, contra cujos critérios se insurge o apelante, já se encontrava em vigor quando da publicação do edital, o qual se deu em 12.6.01.

Assim, não se pode negar que, não obstante já existisse lei geral estadual sobre o assunto "reserva de vagas para deficientes", carecia ela de regulamentação em nível estadual, embora já houvesse em nível federal, que vem a ser o Decreto 3.298/99.

Neste aspecto, embora se possa dizer que a Resolução 03/02, que determina a aplicação desse mesmo Decreto Federal 3.298/99 em nível estadual, seja posterior à publicação do edital, o que equivaleria, num primeiro momento, à sua inaplicabilidade à hipótese em discussão, não se pode olvidar que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é bastante clara ao mencionar que, em caso de omissão, o juiz decidirá de acordo com a analogia, conforme transcrevo *in verbis*:

> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Analogicamente, portanto, a regulamentação da Lei 11.867/95 deverá se dar por meio do Decreto Federal 3.298/99, para a solução da presente controvérsia; tanto assim é que o próprio Estado de Minas Gerais veio a adotá-lo como regulamentador do assunto.

Com base nos critérios definidos neste decreto federal é que a perícia médica, prevista nos termos da lei, concluiu que o autor não preenche os requisitos para ocupar as vagas reservadas para deficientes físicos (fls. 26-TJ), por deter acuidade visual no olho esquerdo superior ao legalmente estabelecido como necessário para a caracterização da deficiência visual.

Ao impulso de tais considerações, rogando obsequiosa vênia ao eminente Des. Relator, para dele divergir, nego provimento à apelação interposta.

Custas recursais, pelo apelante, de cujo pagamento o suspendo, por se encontrar ele amparado pela gratuidade de justiça (art. 12, *in fine*, da Lei 1.060/50).

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA A VOGAL. O RELATOR DAVA PROVIMENTO E O REVISOR NEGAVA.

Notas taquigráficas

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 21.08.03 a pedido da Vogal, após votarem o Relator provendo e o Revisor negando provimento ao recurso.

Com a palavra a Des.ª Maria Elza.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Felipe Tadeu Portela Silva, assistido por sua mãe Ana Célia Portela Silva, contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte que julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante para ter declarado o seu direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria II, dentro do número de vagas reservadas aos deficientes.

É o breve relato. Passo a decidir. Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

Pedi vista dos autos em razão da divergência manifestada entre o douto Relator e Revisor.

Com a devida vênia, acompanho o entendimento do douto Relator, Desembargador Francisco Bueno, porquanto restou demonstrado que o apelante

preenche os requisitos legais de invalidez estipulados no edital, pois, ao apresentar deficiência total na visão do olho direito e parcial na visão do olho esquerdo, faz jus a ter declarado o seu direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria II, dentro do número de vagas reservadas aos deficientes, diante do enquadramento na reserva legal, estabelecida na Lei nº 11.867/95.

Há, neste Tribunal, um precedente que reforça a tese defendida pelo douto Relator, Desembargador Francisco Bueno, cuja relatoria coube ao Desembargador Nilson Reis, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 297.908-6:

> Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado. Deficiência visual. Caracterização da reserva legal. Enquadramento. - Existe afronta ao direito líquido e certo do impetrante, que, na qualidade de deficiente visual, se vê desqualificado para tomar posse no cargo no qual foi aprovado, através de laudo técnico contraditório, diante do enquadramento na reserva legal correspondente, estabelecida na Lei nº 11.867/95.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para julgar procedente o pedido do apelante para ter declarado o seu direito de tomar posse no cargo de Auxiliar de Secretaria II, dentro do número de vagas reservadas aos deficientes, diante do enquadramento na reserva legal, estabelecida na Lei nº 11.867/95.

Ficam invertidos os ônus de sucumbência.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

IPTU - LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - TERRENO COM EDIFICAÇÃO PARA ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS - CARÁTER PERMANENTE DA CONSTRUÇÃO - LOTE VAGO - DESCARACTERIZAÇÃO - LANÇAMENTO INCORRETO - RETIFICAÇÃO - NECESSIDADE

- A tributação progressiva do IPTU, autorizada no § 4º do art. 182 da Constituição Federal/88, é reservada para imóvel urbano sem utilização ou subutilizado. A sanção é incabível quando se trata de terreno que contém edificação de caráter permanente, destinada a estacionamento de veículos, não podendo o bem ser considerado lote vago para fins de tributação do IPTU, pois tem destinação útil. O município que incorre nesse equívoco deverá retificar o lançamento tributário correspondente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 345.404-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível - Ação anulatória - Lançamento tributário - IPTU - Terreno com edificação para estacionamento de veículos - Caráter permanente da construção - Lote vago - Descaracterização - Lançamento incorreto - Recurso provido. - 1. A tributação progressiva do IPTU, autorizada no art. 182, § 4º, da Constituição da República, é reservada para imóvel urbano sem utilização ou subutilizado. A sanção é incabível quando a utilização revelar aproveitamento social do bem. - 2. O terreno que contém edificação destinada a estacionamento de veículos não pode ser considerado lote vago para fins de tributação do IPTU porque constitui destinação socialmente útil. Deve ser tributado como sendo imóvel edificado. - 3. Revela-se incorreto o lançamento tributário que considera lote vago o terreno edificado, devendo, em conseqüência, ser adequadamente retificado. - 4. Apelação cível conhecida e provida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Nelson Xisto Damasceno.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Os apelantes Paulo Affonso de Oliveira Penna e Tarcisio Carlos de Almeida aforaram a presente ação anulatória contra o apelado. Aduziram ser proprietários do imóvel descrito na petição inicial e nele edificaram um estacionamento para automóveis.

Afirmaram que a obra foi autorizada pelo recorrido, e, uma vez concluída, a locatária, M. H. Parqueamento e Serviços Ltda., obteve alvará de licença, localização e funcionamento para a atividade mencionada. Acrescentaram que, apesar da edificação, foi feito lançamento de IPTU relativo ao exercício de 2000 como sendo lote vago, cuja alíquota é mais elevada, ou seja, 3% sobre o valor venal do imóvel. Entendem que a alíquota correta seria 1,6% porque existe edificação no imóvel. Acrescentaram que houve violação do princípio constitucional da reserva legal em matéria tributária. O apelado defendeu a legalidade do lançamento tributário. Pela r. sentença de fls. 40/43, o pedido foi rejeitado.

Anoto que a questão a ser decidida consiste em verificar se o estacionamento de veículos pode ser considerado edificação para fins tributários.

Os apelantes carrearam, com a petição inicial, vários documentos. Dentre eles, destaco o alvará de construção de fl. 15, emitido pelo recorrido em 26.07.99, autorizando os recorrentes a edificar vagas de estacionamento, não constando ser obra provisória. Destaco, também, o alvará de licença e funcionamento de fl. 19, datado de 25.10.99 e pelo qual a pessoa jurídica já declinada foi autorizada a explorar o ramo de estacionamento de veículos no imóvel a que se refere o lançamento tributário. Veio ainda a guia de fl. 21, e no campo relativo ao tipo de imóvel consta como sendo lote vago.

O recorrido entende que a construção temporária, como o caso de estacionamento, não caracteriza edificação para fim tributário, sendo, portanto, vago o terreno. Não juntou documentos. Estes os fatos.

Quanto ao direito, sabe-se que o art. 182, § 4º, da Constituição da República faculta ao Município exigir, nos termos da lei, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, promova seu adequado aproveitamento, sob pena, dentre outras sanções, de tributar o bem com alíquotas progressivas.

Eis a propósito o ensinamento de J. CRETELLA JÚNIOR em *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. VIII, p. 4.206:

> Por outro lado, o *proprietário de solo urbano*, 'não edificado', poderá sofrer por parte do Poder Público municipal, fundado em lei específica do Município incidente em área incluída no *plano diretor*, nos termos de lei federal, que lhe dará as matrizes, quatro tipos de sanções - caso não construa no local -, sendo a mais severa a desapropriação, recebendo o proprietário, 'como castigo', indenização, não em dinheiro, mas em títulos da dívida pública.
>
> O proprietário do solo urbano, no Município, não podendo, por motivos econômicos, edificar, poderá ser coagido pelo Município, sob pena de sanção.
>
> Na verdade, a expressão *adequado aproveitamento* necessita de definição precisa, visto encerrar juízo de valor, sendo, assim, de significado subjetivo.

Quanto à mencionada utilização do imóvel, ainda é o mesmo autor quem esclarece à p. 4.206:

> O solo urbano 'não edificado' é aquele que não tem nenhuma construção. Está vazio. O proprietário ou o conserva para futura venda ou não tem meios econômicos, ainda, para edificar residência sobre ele. 'Não utilizado' tem outro sentido. É o terreno não cultivado, sem grama, sem plantas, sem árvores. 'Subutilizado' é o terreno ou solo urbano, cuja utilização é inadequada, ficando bem aquém da prevista. É utilizado para acúmulo de lixo, de móveis velhos.

No caso em exame, o próprio apelado expediu alvará autorizando a edificação. Não há, no documento, qualquer ressalva no sentido de ser temporária a obra, o que faz presumir ter ela caráter permanente. Logo, o imóvel não pode ser considerado lote vago na medida em que tem destinação útil, conforme ensina JOSÉ NILO DE CASTRO, em *Direito Municipal Positivo*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 408:

> Com esses esclarecimentos, pode-se manter a seqüência de sanções impostas ao proprietário (só ao proprietário), consoante o § 4º, art. 182. Assim, o Poder Público Municipal pode exigir por lei específica para área incluída no plano diretor, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, isto é, de terra nua, que promova o seu adequado aproveitamento. Não estando edificado, que se edifique ou se utilize adequadamente do imóvel urbano, *v. g.*, promovendo utilização de um *estacionamento*. É, pois, uma modalidade de aproveitamento adequado do imóvel urbano.

Assim, ante o adequado aproveitamento do imóvel, o lançamento encontra-se mesmo incorreto. O inconformismo dos apelantes tem pertinência, e o lançamento deverá ser retificado.

Com estes fundamentos, dou provimento à apelação para reformar a sentença combatida e declarar parcialmente inválido o lançamento do IPTU, devendo o credor tributário retificá-lo, considerando o imóvel edificado. Deverá proceder ao adequado enquadramento na Tabela III da Lei

Municipal nº 5.461, de 1989, na categoria de imóvel edificado para demais ocupações, segundo o padrão a que o bem efetivamente corresponder. Ficam invertidos os ônus da sucumbência quanto aos honorários advocatícios porque o apelado goza de imunidade tributária em relação às custas, inclusive as recursais.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTAS DO PREFEITO - JULGAMENTO - CRITÉRIO POLÍTICO-PARTIDÁRIO - MOTIVOS DETERMINANTES - ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE

- A Constituição Federal impõe a observância ao devido processo legal em todos os feitos judiciais e administrativos, e um de seus principais fundamentos consiste na motivação das decisões, única forma de se assegurar o direito à ampla defesa.

- Apesar de o julgamento de contas de prefeito ser político-partidário, o Judiciário pode intervir no controle dos atos que o compõem, analisando os seus motivos determinantes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.882-8/00 - Comarca de Paraopeba - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Julgamento de contas municipais - Necessidade de fundamentação dos pronunciamentos - Motivos determinantes da rejeição - Análise pelo Judiciário - Possibilidade. - Todos os pronunciamentos dos órgãos públicos, inclusive nos julgamentos de contas municipais, não dispensam o requisito da fundamentação. Pode o Judiciário examinar e verificar a existência real ou não dos motivos determinantes da rejeição das contas municipais, além do aspecto estritamente formal dos julgamentos. Apelação provida.

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, 04 de dezembro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dr.ª Júnia Barroso de Oliveira.

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Nele, o recorrente aborda duas questões fundamentais, com o propósito de combater as razões de decidir adotadas pela MM.ª Juíza sentenciante.

Segundo a prolatora da sentença, não se registrou qualquer ato que comprometesse a validade formal do julgamento das contas do autor.

Sustenta, a propósito, que a Comissão de Finanças e Orçamento de Câmara Municipal de Paraopeba-MG

> ... seguiu à risca todos os passos do art. 65 do RI da Câmara Municipal, *sem qualquer alusão quanto à necessidade de fundamentação da matéria,*

pois

> são três as partes que constarão do parecer: *exposição da matéria em exame; conclusão do relator e decisão da Comissão* - nossos os destaques - fl. 263.

Ora, o art. 65 do RI da Câmara Municipal, diversamente do que o entende a sentença, não autoriza a conclusão de que a fundamentação esteja dispensada.

A mesma há de ser interpretada em harmonia com o art. 66, § 3º, alíneas I, II e III, que são expressos quanto à necessidade, em qualquer hipótese, de fundamentação.

E há de ser sobretudo interpretado com a preceituação constitucional, de superior hierarquia, que impõe a observância ao devido processo legal em todos os feitos judiciais e administrativos, um de seus principais fundamentos consiste, exatamente, na motivação das decisões, única forma de se assegurar o direito à ampla defesa (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., p. 378, anotação 16).

Também considero inaceitável o argumento segundo o qual o julgamento de contas constitui mero julgamento político e, pois, dispensaria o direito à ampla defesa.

Ora, exatamente por se tratar de julgamento político - melhor dizendo - *político-partidário* e, não, exclusivamente, técnico, é que se exigiria maior e mais atenta vigilância em seu desenrolar.

Quem conhece a realidade de nossa vida político-partidária sabe muito bem que prevalecer, na disputa entre facções mutuamente odientas, o único propósito de mútua destruição.

Finalmente, considero igualmente insustentável a tese de que, por se tratar de julgamento estritamente político, violada estaria a intervenção judicial de controle dos atos que a compõem.

Suficiente, a propósito, a decisão do STJ no Recurso Especial nº 80.419-MG (95.0061730-7), Relator o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - fls. 198/206 -, na qual se firma a tese de que, além do aspecto estritamente formal dos julgamentos administrativo-punitivos, pode o Judiciário analisar o âmago de seus *motivos determinantes* quanto à sua existência ou inexistência real.

Com essas razões de decidir, dou provimento ao recurso, a fim de que, anulada a Resolução nº 0003/96, por falta da necessária fundamentação, proceda a edilidade a novo julgamento, mas com estrita observância ao devido processo legal e à *motivação* de todos os seus pronunciamentos, invertidos os ônus da sucumbência, devidamente atualizados.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

LICITAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO - PARTICIPAÇÃO DO LICITANTE - PROVA

- Na licitação pelo processo de pregão eletrônico, ao licitante cabe executar todos os comandos determinados pelo provedor. Somente a existência de cópia da página virtual, confirmando a entrega da proposta, é prova hábil a demonstrar sua participação.

AGRAVO Nº 1.0024.03.059780-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Direito Administrativo - Licitação - Pregão eletrônico - Prova da participação do licitante. - Na licitação pelo processo de pregão eletrônico, ao licitante cabe executar todos os comandos determinados pelo provedor. Somente a existência de cópia da página virtual, confirmando a entrega da proposta, é prova hábil a demonstrar sua participação.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento a Dra. Marina Rocha Cavalcanti Barros, pela agravada.

O Sr. Des. Wander Marotta - Conheço do recurso.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Hidrobrás-Águas Minerais do Brasil Ltda., contra a r. decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, que, em ação cautelar ajuizada contra a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, indeferiu liminar pleiteada para suspender o procedimento licitatório na fase em que ele se encontrasse.

Em suas razões, sustenta a agravante que há mais de vinte anos fornece água mineral à agravada, tendo solicitado, em 29.11.2002, a adequação

financeira do ajuste através de processo licitatório; que, em 02.07.2002, foi publicado o edital da licitação, sob a modalidade de pregão eletrônico. Encaminhada sua proposta em 15.07.2003, nos moldes determinados no edital, não foi anunciada ao argumento de que não havia sido enviada através do provedor do sistema eletrônico, o Banco do Brasil. Ante os fatos, interpôs recurso administrativo à Comissão de Licitação, indeferido à alegação de que a proposta não havia sido enviada. Ressalta que a espécie de licitação é incipiente, e o não-recebimento da proposta enviada pode ocorrer em razão de falha do órgão licitante, além de falha técnica, atribuída ao provedor do sistema eletrônico.

Indeferida a liminar, a agravada apresentou contra-minuta, sustentando que a agravante não apresentou sua proposta, motivo pelo qual não poderia considerá-la como licitante, enfatizando que os documentos apresentados não comprovam a entrega da proposta e pugnando pelo improvimento do recurso.

Apesar dos argumentos expendidos em sede recursal, a r. decisão hostilizada não está a merecer reparos.

O pregão eletrônico, utilizando-se de novas tecnologias de informação e lançando mão de recursos eletrônicos, notadamente da Internet, constitui nova modalidade de licitação, destacando-se principalmente pela expressiva contribuição à economia, racionalização, agilidade e transparência do procedimento, contribuindo, desta forma, com o ajuste fiscal obrigatório determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Os excelentes resultados têm motivado a Administração Pública no sentido de adotá-lo mais generalizadamente, principalmente após a edição da Lei nº 10.520, de 17.07.2002, que estende sua utilização aos Estados e Municípios.

Diversamente do modelo comum, o pregão eletrônico, hoje a modalidade de vanguarda das licitações, tem seus atos praticados num ambiente virtual, em que toda a atenção é necessária no sentido de obediência rigorosa aos comandos determinados para que as operações se completem com o sucesso esperado.

No pregão eletrônico levado a efeito pela agravada, utilizou-se o sistema disponibilizado pelo Banco do Brasil, estabelecendo o Edital:

> 4.1.2 - O representante credenciado digitará a senha pessoal e intransferível para o acesso ao sistema, manifestará, em campo próprio do sistema, o pleno conhecimento e atendimento às exigências de habilitação prevista neste edital e inserirá sua proposta inicial para o objeto deste certame, até a data e horário previsto no preâmbulo deste ato convocatório.
>
> 4.1.3 - O encaminhamento de proposta pressupõe o pleno conhecimento e atendimento às exigências de habilitação previstas neste edital. A empresa licitante será responsável por todas as transações que forem efetuadas em seu nome no sistema eletrônico, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances.
>
> 4.1.4 - Caberá à empresa licitante acompanhar todas as operações no sistema eletrônico durante a sessão pública do pregão, ficando responsável pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão.

Alega a recorrente que executou de forma correta todos os comandos inerentes ao processo, anexando aos autos os documentos de fls. 24/25 e 41, a demonstrarem, entretanto, que, na realidade, digitou um valor unitário e um valor total do lote, sem finalizar a operação. Caso contrário, teria em seu poder a página virtual demonstrando a entrega da proposta, idêntica àquela juntada pela recorrida e fornecida pelo provedor - o Banco do Brasil - em operação simulada (fl. 168).

Com o pedido inicial, o autor visa obter a tutela jurisdicional do Estado, fazendo valer seu direito subjetivo perante terceiros, e, através da prova, leva ao conhecimento do Juiz a certeza da existência dos fatos alegados.

Na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*in Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, vol. 3, p. 360):

> A prova é assim elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam as suas alegações.

Segundo o disposto no art. 333, I, do CPC, cabe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito.

Como assinala o MM. Juiz de origem:

> pela própria inovação que ainda representa o processamento eletrônico da licitação, a certeza mínima do direito, para concessão de provisão liminar, exige prova adequada de que todos os passos, não apenas da autenticação inicial do interessado junto ao *site*, mas também nas etapas internas exigidas no próprio *site*, foram cumpridas.

Em síntese: na licitação pelo processo de pregão eletrônico, ao licitante cabe executar todos os comandos determinados pelo provedor. Somente a existência de cópia da página virtual, confirmando a entrega da proposta, é prova hábil a demonstrar sua participação.

Ausente a prova do fato constitutivo do direito da agravante, está correta a r. decisão em indeferir a liminar pretendida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO CIVIL - DANOS - REPARAÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA - FALTA - BEM MÓVEL - TRADIÇÃO - DEMONSTRAÇÃO - PROVA - AUSÊNCIA - PROCURADOR - DIREITO DO MANDATÁRIO - POSTULAÇÃO EM NOME PRÓPRIO - INVIABILIDADE - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - SUCUMBÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO PRINCIPAL

- Em pedido de reparação de danos decorrentes de sinistro envolvendo veículo, à falta de elementos probatórios da tradição ou em caso de dúvida sobre esse fato, define-se o proprietário do bem pelo registro deste no órgão de trânsito competente.

- Falta legitimidade ao procurador para, em nome próprio, pleitear indenização por supostos danos causados ao mandatário (CPC, art. 6º), uma vez que essa hipótese não comporta a figura da substituição processual.

- Extinto o processo principal, sem apreciação do mérito, há sucumbência na lide secundária, devendo o réu-denunciante, na denunciação em que não ocorre a perda do direito de regresso (garantia simples ou imprópria), arcar com os honorários advocatícios do litisdenunciado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.053281-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Processo civil - Danos - Reparação - Legitimidade ativa - Falta - Bem móvel - Tradição - Demonstração - Prova - Ausência - Procurador - Direito do mandatário - Postulação em nome próprio - Inviabilidade - Denunciação da lide - Sucumbência - Extinção do processo principal. - Em pedido de reparação de danos decorrentes de sinistro envolvendo veículo, à falta de elementos probatórios da tradição ou em caso de dúvida sobre esse fato, define-se o proprietário do bem pelo registro deste no órgão de trânsito competente. Falta legitimidade ao procurador para, em nome próprio, pleitear indenização por supostos danos causados ao mandatário (CPC, art. 6º), uma vez que essa hipótese não comporta a figura da substituição processual. Extinto o processo principal, sem apreciação do mérito, há sucumbência na lide secundária, devendo o réu-denunciante, na denunciação em que não ocorre a perda do direito de regresso (garantia simples ou imprópria), arcar com os honorários advocatícios do litisdenunciado. Nega-se provimento aos recursos.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2003. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela segunda apelante, o Dr. Robson Ferreira dos Santos.

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço dos recursos, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de fls. 221/224-TJ extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade

ativa, e condenou o autor no pagamento das custas e dos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa em favor da Cemig; e, esta no pagamento das custas processuais e da verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa em favor do denunciado (Reinaldo Rodrigues Cavalcanti Silva).

O primeiro recorrente sustenta sua legitimidade para postular a reparação dos danos decorrentes da queda de poste sobre o veículo, ao argumento de que adquiriu aquele bem de sua mãe, cuja propriedade se transfere com a simples tradição. Diz que os documentos que instruem o pedido demonstram a ocorrência da tradição, a qual foi confirmada pelo testemunho de fl. 201-TJ. Aduz que requereu a condenação da Cemig na indenização de danos materiais e morais, sendo certo que estes são personalíssimos e que cabe ao lesado o direito à postulação judicial da espécie. Alega que compete ao Tribunal o exame do mérito das pretensões contidas na inicial, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, reitera os fundamentos do pedido e protesta por sua procedência integral, no sentido de se reconhecer a culpa exclusiva da Cemig no acidente.

A segunda recorrente (Cemig) alega que o denunciado compareceu nos autos apenas para não aceitar sua denunciação, deixando de contestar a imputação que lhe foi feita. Diz que, por isso, não cabe a condenação da denunciante no pagamento dos honorários advocatícios da lide secundária. Aduz que a extinção do processo decorreu, exclusivamente, da ilegitimidade do autor, o qual deve arcar com os ônus da sucumbência de ambas as lides.

Extrai-se da inicial que o autor, Adilson Antônio da Silva Stolet, dizendo-se proprietário do veículo VW/Santana GLS 2000, placa IGZ 2782, cor vermelha, postula reparação de danos materiais e morais verificados em acidente ocorrido em 06.11.2000, quando, após estacionar o automóvel defronte a sua residência, sobre ele caiu um poste da Cemig, causando-lhe avarias que determinaram sua perda total.

O autor sustenta sua legitimidade para as postulações e diz que, embora não providenciada a transferência do veículo perante o Detran, adquiriu-o de sua mãe, Elza de Souza Lima.

É sabido que o certificado de registro não constitui título exclusivo de propriedade de veículo automotor, uma vez que o domínio e a posse de bem móvel podem ser demonstrados por outros meios legais.

No entanto, em regra, há se conferir titularidade do veículo a quem o tem transcrito em seu nome, especialmente quando o postulante da reparação de danos, que se diz adquirente do bem, não prova a existência de ato conducente à tradição, a qual, para o fim de legitimá-lo ativamente para o processo, não pode ser simplesmente presumida.

Por isso, no caso de dúvida, define-se o proprietário do veículo pelo registro deste no Detran.

Na espécie, a despeito de o primeiro-recorrente afirmar-se proprietário do bem, restou provado que ele, dez dias após o sinistro, recebeu instrumento público de procuração outorgada por sua mãe (fl. 23-TJ) para, com poderes amplos, gerir seus bens, inclusive comprar e vender veículos.

No Certificado de Registro e Licenciamento de fl. 22-TJ, consta Elza de Souza Lima como proprietária do veículo, e não foi apresentado recibo de transferência, ato formal ou outro elemento hábil para provar o negócio de sua aquisição pelo autor.

Inversamente ao que sustenta o primeiro-apelante, a carta que subscreveu e que foi endereçada à Cemig (fl. 68-TJ), em 21 de novembro de 2000, informa, expressamente, que o veículo envolvido no acidente é de propriedade de Elza de Souza Lima.

Logo, a partir dos elementos apresentados pelo postulante, tem-se que sua atuação, no sentido de viabilizar a reparação extrajudicial dos danos, decorreu da condição de procurador da proprietária do bem, sendo certo, ainda, que a testemunha de fl. 201-TJ nada declarou a respeito desse fato, mas apenas que o negócio de compra do automóvel danificado foi realizado com o autor.

Portanto, à falta de demonstração inequívoca da tradição, anteriormente ao sinistro, não se há reconhecer ao autor legitimidade para, em nome próprio, pleitear direito de outrem (CPC, art. 6º), notadamente porque o caso não comporta a figura da substituição processual.

Em razão da inviabilidade das postulações cumuladas, o fato de o autor ter, em tese, legitimidade para uma destas (reparação por danos morais) não ensejaria a correção da inicial ou o desmembramento das pretensões, uma vez que, além de não ser lícito obrigar terceira pessoa a litigar, o erro na indicação da parte constitui defeito essencial e relativo à falta de condição da ação, sendo incorrigível o pedido inicial.

Portanto, forçosa é a prevalência da extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade do autor.

Quanto aos fundamentos da apelação interposta pela Cemig, embora versem matéria controvertida na jurisprudência e na doutrina, o entendimento dominante é no sentido de que a extinção do processo, sem apreciação do mérito, não significa a inexistência de sucumbência na lide secundária que envolve garantia simples, impondo-se ao denunciante o encargo de responder pela verba honorária da denunciada.

Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 257.855-SE, Relator o Ministro Castro Filho, *DJ* de 23.04.2001, p. 133 e REsp nº 171.808-PR, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 25.09.2000, p. 98).

Em seu voto, o em. Min. Eduardo Ribeiro traça a diferença entre a garantia formal ou própria, que envolve transmissão de direito, como no caso do art. 70, I, do Código de Processo Civil, e a garantia simples, em que não se envolve a perda do direito de regresso. Neste segundo caso, que é o dos autos, afastada fica remota ligação entre o primeiro autor e o denunciado, porque a ação secundária se desenvolve no interesse exclusivo do denunciante, de abreviar o exercício do direito de regresso.

Extinto o processo principal, sem apreciação do mérito, há sucumbência na lide secundária, devendo o réu-denunciante, na denunciação em que não ocorre a perda do direito de regresso (garantia simples ou imprópria), arcar com as custas processuais relativas a ela e com os honorários advocatícios do litisdenunciado.

Nego provimento aos recursos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

MENOR - CONDUÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO - PERIGO DE DANO CONCRETO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A CRIME - NÃO-CONFIGURAÇÃO - PAIS - INOCORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PÁTRIO PODER - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 249 DA LEI Nº 8.069/90 - AUSÊNCIA - APLICAÇÃO DE MULTA - DESCABIMENTO

- O simples fato de o menor inabilitado estacionar o veículo de sua mãe na garagem, sem causar transtorno a quaisquer pessoas e sem haver perigo de dano concreto à incolumidade pública, não constitui ato infracional análogo a crime, e sim mera infração administrativa nos termos do art. 162, I, do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não configurada a prática do ato infracional, inexiste, por parte dos pais do menor, o cometimento da infração administrativa insculpida na norma do art. 249 da Lei nº 8.069/90, eis que não descumpriram os deveres inerentes ao pátrio poder, descabendo impor-lhes a multa prevista neste mesmo dispositivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 337.052-5/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Condução de veículo por menor, sem habilitação - Aplicação de multa aos pais, por descumprimento dos deveres do pátrio poder - ECA, artigo 249 - Verificação, no entanto, de que o menor se encontrava, apenas, colocando o carro da mãe na garagem, sem qualquer risco às pessoas - Ausência de infração administrativa - Reforma da sentença, para julgar improcedente a representação feita pelo Ministério Público. - Concluindo as provas que os pais do menor não descumpriram com as responsabilidades inerentes ao pátrio poder, já que não restou sequer configurada a prática de infração administrativa prevista pelo ECA, de se ter como improcedente a representação do Ministério Público de aplicação de multa aos detentores, apenas porque o filho, menor e sem habilitação, pôs-se a estacionar o veículo de sua mãe na garagem, sem qualquer transtorno a quaisquer pessoas.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de apelação interposta por C.D.A. e outro, representados por curadora especial, visando ao enfrentamento da r. decisão de primeiro grau, que julgou procedente a representação proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representado pelo Promotor de Justiça em exercício na Vara da Infância, da Juventude e de Precatórios da Comarca de Governador Valadares, sob o fundamento de que restou caracterizado nos autos o fato de os autores, genitores do menor G.F.F., terem descumprido os deveres inerentes ao pátrio poder, sendo condenados à pena de multa, fixada em três salários mínimos, de acordo com a norma insculpida no art. 249 do ECA.

Na peça recursal, sustentam os apelantes, em síntese, que sempre cumpriram com suas obrigações em relação à segurança e educação de seu filho.

Aduzem, ainda, que não agiram com culpa, nem tampouco com dolo, em relação ao ato praticado pelo menor.

Contra-razões às fls. 62/66.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Em 05.07.98, o menor, G.F.F., filho dos requeridos, foi preso por conduzir veículo automotor sem a devida habilitação, enquanto manobrava para entrar em uma garagem, razão pela qual lhe foi aplicada a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de quatro meses, pela prática de ato infracional considerado análogo a crime, nos termos do art. 103 do ECA.

Assim sendo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representado pelo Promotor de Justiça, em exercício na Vara da Infância, da Juventude e de Precatórios da Comarca de Governador Valadares, propôs a presente representação em desfavor de C.D.A. e G.F.A., genitores do menor, ao argumento de que os mesmos descumpriram os deveres inerentes ao pátrio poder, vez que consentiram na prática da infração retromencionada.

No entanto, razão assiste aos apelantes, pois, de fato, compulsando os autos, não vislumbro o cometimento de infração administrativa prevista no art. 249 do ECA, por parte dos mesmos, haja vista que não há prova no sentido de que os requeridos descumpriram os deveres inerentes ao pátrio poder.

Em depoimento realizado durante a fase administrativa, o menor, G.F.F., alega:

> Que na data do fato, por volta das 16:15 h., o informante pegou as chaves do veículo que pertence a sua mãe, com a finalidade de guardá-lo na garagem, uma vez que o mesmo estava estacionado em frente sua casa, e havia muito trânsito de veículos nas proximidades, temendo assim que outro carro viesse a bater no veículo de sua mãe; Que assim que ligou o carro e virou o jogo da direção, surgiu o PM que lhe apreendeu e o conduziu até esta Depol; Que o informante alega que não tem costume de dirigir o veículo de sua mãe aqui na cidade, portanto na fazenda de seu pai dirige carro e até mesmo trator, com a permissão de seus pai; Que não bebe e não fuma; Que não usa drogas; Que nunca havia sido apreendido; Que é solteiro e não tem filhos; Que estuda a 6ª série.

De acordo com a jurisprudência emanada desta eg. Corte, o caso em estudo não configura a prática de infração administrativa análoga a crime, senão veja-se:

> Apelação criminal - Contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo - Revogação pelo art. 309 do CTB (que exige, para caracterização do crime, a comprovação de perigo de dano concreto à incolumidade pública) - Inexistência de perigo de dano concreto - Configuração de mera infração administrativa (art. 162, I, do CTB), não abrangida pelo ECA (art. 103) como ato infracional - Absolvição - Recurso ministerial desprovido. (Apelação Criminal nº 192.565-0/00, Rel. Des. Sérgio Resende, data publ. 08.02.2002.)

Daí conclui-se que os apelantes não descumpriram com as responsabilidades inerentes ao pátrio poder, pois não restou sequer configurada a prática de infração administrativa prevista pelo ECA.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a r. decisão de primeiro grau, absolvendo os apelantes da imputação que lhes foi atribuída equivocadamente.

Sem custas.

O Sr. Des. Emane Fidélis - De acordo.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

POLICIAL MILITAR - DIREITO ABSOLUTO À PROMOÇÃO - INEXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 203 E 209 DA LEI Nº 5.301/69

- O policial militar não tem o direito absoluto à promoção, quer por merecimento ou por antiguidade, eis que os arts. 203 e 209 da Lei nº 5.301/69 impõem condições referentes à idoneidade moral, ao respeito e à honradez à instituição policial militar para tal fim, não cabendo ao Poder Judiciário substituir a autoridade militar e a administrativa para conceder tal direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.924548-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Policial militar - Inexistência de direito absoluto à promoção - Inteligência do art. 203 da Lei 5.301/69 - Recurso improvido. - O policial militar não tem o direito absoluto à promoção, quer por merecimento ou por antiguidade; a Lei nº 5.301/69 impõe condições referentes à idoneidade moral, ao respeito e à honradez à instituição policial militar para tal fim; inexiste a alegada ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição que não tem o alcance pretendido pelo recorrente, uma vez que se circunscreve ele ao âmbito penal. (Precedente -STF, RE 210.363-ES - Min. Moreira Alves.)

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Recurso de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Segunda Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte, o ora apelante, Rodrigo Couto Ferreira, impetrou mandado de segurança com pedido liminar contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, asseverando que participou no ano de 2002 do Curso de Formação de Sargentos, com a finalidade de conseguir promoção para graduação imediatamente superior, tendo concluído o referido curso com aproveitamento; afirmou que à autoridade coatora deixou de promovê-lo ao fundamento de que estaria enquadrado nas restrições da Lei nº 5.301/69, art. 209, I, c/c art. 203, IV, alínea *c* (denunciado por crime doloso); alude que, de fato, foi indiciado em inquérito policial militar, instaurado para apurar fatos ocorridos quando da apreensão de um carregamento de madeira nas proximidades da Cidade de Juiz de Fora; mais, que a referida apuração concluiu pelo encaminhamento dos autos à Auditoria Militar; afirmou que tal ato fere os princípios constitucionais da presunção de inocência e da isonomia; após discorrer longamente, ao final, pugnou pelo deferimento de liminar e concessão da segurança; juntou documentos.

À fl. 144-TJ, o Magistrado indeferiu a liminar pleiteada; a autoridade coatora prestou informações às fls. 148/152-TJ, asseverando que o fato de o impetrante ter concluído o Curso de Formação de Sargentos com aproveitamento não lhe confere o direito de ser promovido; que "a promoção é considerada a maior recompensa na Polícia Militar e não é conveniente para a Administração que um militar que se encontra *sub judice* seja premiado com a promoção"; em suma, sustentou a legalidade do ato; ao final, requereu a denegação da segurança; juntou documentos.

O Ministério Público ofertou parecer às fls. 161/164-TJ opinando pela denegação da ordem; neste sentido, a decisão monocrática lastreada às fls. 166/169-TJ; irresignado, o impetrante interpôs recurso de apelação buscando a reforma da decisão singular (fls.172/175-TJ); contra-razões às fls. 180/182-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos.

Data venia, tenho que o MM. Juiz de Direito prolator do ato sentencial decidiu a questão com acerto; o policial militar não tem o direito absoluto à promoção, eis que a Lei nº 5.301/69 (Estatuto do Pessoal da PMMG) impõe condições referentes à idoneidade moral, ao respeito e à honradez à instituição policial militar para tal fim.

Estatui referido diploma legal em seu artigo 203:

> Art. 203. Não concorrerá à promoção por merecimento ou antigüidade, embora incluído no Quadro de Acesso, o oficial que estiver: (...)
>
> IV - *sub judice*, denunciado por crime doloso previsto: (...)
>
> c) no Livro I, nos Títulos I e II; nos Capítulos II e III do Título III e nos Títulos IV, V, VII e VIII, da Parte Especial do Código Penal Militar.

Por sua vez, diz o art. 39, § 10º, da Constituição Mineira:

> Art. 39. São militares do Estado os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, que serão regidos por estatuto próprio estabelecido em lei complementar. (...)
>
> § 10. Os direitos, deveres, garantias e vantagens do servidor militar e as normas sobre admissão, *promoção*, estabilidade, limites de idade e condições de transferência para a inatividade serão estabelecidos no estatuto (grifei).

Da análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que o apelante está sendo processado por incurso no crime capitulado no artigo 308 (corrupção passiva) do Código Penal Militar.

Insta realçar, ainda, que a própria Lei 5.301/69 prevê que o militar atingido pelas restrições do artigo 203, que for absolvido em última instância ou declarado sem culpa, será promovido, independentemente de vaga ou de data própria, a seu requerimento.

HELY LOPES MEIRELLES, deixou-nos a lição:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção*, Habeas Data, 19ª edição, Malheiros, 1998, p. 34/35).

Tenho que a vedação contida no referido art. 203 foi recepcionada pelas Constituições Federal e Estadual, não havendo ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF).

Cediço, outrossim, afirmar que não cabe ao Poder Judiciário substituir a autoridade militar e a administrativa para conceder o direito pleiteado.

Por oportuno, trago à baila decisão do Supremo Tribunal Federal que, julgando caso análogo, em que se discutia a constitucionalidade de dispositivo semelhante ao aqui impugnado, constante no ordenamento jurídico do Estado do Espírito Santo, assim decidiu:

> Ementa: Policial militar. Promoção. Art. 15 do Decreto nº 666/64 do Estado do Espírito Santo. Inexistência de ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário não conhecido. (STF - RE 210.363-ES, Relator Min. Moreira Alves, julgamento: 23.06.1998, Primeira Turma, publicação: *DJ* data 16.10.98, p. 00018, ement v. 01927-04, p. 00633.)

Extrai-se, do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, na ocasião:

> Inexiste a alegada ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição, que não tem o alcance pretendido pelo recorrente, uma vez que se circunscreve ele ao âmbito penal. Ademais, como salienta o acórdão recorrido, o decreto em causa sequer estabelece que o óbice à promoção da praça que está *sub iudice* é absoluto, porquanto tem ele dispositivo expresso no sentido de que 'a praça absolvida em última instância será promovida em ressarcimento de preterição, se a isto tiver direito, independentemente de vaga e data', ressalvando, portanto, a hipótese de posterior absolvição, o que, no caso, não ocorreu.

Isso posto, nego provimento ao recurso agitado para manter incólume a decisão ferreteada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - INSTITUTO MINEIRO DE AGROPECUÁRIA - DIREITO AO RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO - 20% SOBRE OS VENCIMENTOS DO CARGO EFETIVO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 10.594/92 E DO DECRETO Nº 33.859/92

- O adicional de insalubridade concretiza os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho e possui aplicação geral e irrestrita a todo trabalhador, não tendo sido excluído do rol dos direitos sociais aplicáveis aos servidores públicos pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sua previsão está ligada à situação insalubre, e não ao fato de a pessoa exercer uma função celetista ou estatutária.

- O adicional de insalubridade é devido ao servidor desde o momento em que é submetido a atividades que por sua natureza e condições de trabalho o exponham a agentes nocivos à saúde, não podendo o seu recebimento ficar condicionado a um requerimento formal.

- Aos servidores do IMA-Instituto Mineiro de Agropecuária, apesar de se tratar de entidade autárquica, aplicam-se a Lei nº 10.594/92 e o Decreto nº 33.859/92, que a regulamentou, sendo que o art. 34 desse decreto estabelece o percentual máximo de 20% sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor para o pagamento de adicional de insalubridade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.673943-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: Direito Administrativo - Servidor do Instituto Mineiro de Agropecuária - Direito ao recebimento do adicional de insalubridade - Inteligência dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. - A Emenda Constitucional nº 19/98 não extinguiu o adicional de insalubridade do rol de direitos sociais aplicáveis aos servidores públicos. Tal direito social, que concretiza os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, possui aplicação geral e irrestrita a todo trabalhador, pois sua previsão está ligada à situação insalubre, e não ao fato de a pessoa exercer uma função celetista ou estatutária. A prevalecer a interpretação defendida pelo Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA -, estar-se-ia maculando princípios fundamentais da Constituição da República, tais como: dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho e da igualdade. Afinal, não há razão para se assegurar apenas ao servidor celetista o direito ao recebimento do adicional de insalubridade, deixando o servidor estatutário a descoberto. É regra de hermenêutica constitucional o descarte de toda interpretação que conduza ao absurdo.

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, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Cuida-se de remessa necessária e de recurso voluntário interposto pelo Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos de uma ação declaratória proposta por Eneida de Souza Costa e outros, ora parte apelada, em face do apelante, julgou procedente o pedido, para declarar a condição insalubre, em grau máximo, das atividades executadas, condenando, por conseqüência, o apelante a pagar aos apelados adicional de insalubridade, no percentual de 30% do vencimento.

Em razões recursais de fls. 123/128-TJ, o apelante alega qua a Emenda Constituição nº 19/98 extinguiu o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas do rol de direitos sociais aplicáveis aos servidores ocupantes de cargo público. O adicional de insalubridade é devido a partir da data do ajuizamento da ação, pois os apelados não realizaram o requerimento administrativo para a percepção do referido adicional, como exigido no art. 4º do Decreto nº 34.573/93. O cálculo do adicional deve observar o art. 4º do Decreto nº 39.032/97 e o artigo 13 da Lei nº 10.745/92. Pede, por tais motivos, o provimento do recurso.

A seu turno, em contra-razões de fls. 133/137-TJ, a parte apelada sustenta o acerto da sentença recorrida, pugnando pelo não-provimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, porquanto presentes os requisitos legais.

A Emenda Constitucional nº 19/98 não extinguiu o adicional de insalubridade do rol de direitos sociais aplicáveis aos servidores públicos. Tal direito social, que concretiza os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, possui aplicação geral e irrestrita a todo trabalhador, pois sua previsão está ligada à situação insalubre, e não ao fato de a pessoa exercer uma função celetista ou estatutária. A prevalecer a interpretação defendida pelo Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA -, estar-se-ia maculando princípios fundamentais da Constituição da República, tais como: dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho e da igualdade. Afinal, não há razão para se assegurar apenas ao servidor celetista o direito ao recebimento do adicional de insalubridade, deixando o servidor estatutário a descoberto. É regra de hermenêutica constitucional o descarte de toda interpretação que conduza ao absurdo.

O adicional de insalubridade, conforme corretamente decidido na sentença de fl. 119-TJ, é devido desde o início da prestação de serviços em condições insalubres, não podendo ficar o seu recebimento condicionado a um requerimento formal. O direito ao adicional de insalubridade surge para o servidor a partir do momento em que é submetido a atividades que por sua natureza e condições de trabalho exponham o servidor a agentes nocivos à saúde. Entender o contrário, é fazer menoscabo dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

Ademais, vale registrar que o art. 4º do Decreto nº 34.573/93, que prevê que o adicional é devido a partir do requerimento, não é aplicável ao caso em tela, porque o referido diploma legal não alcança os servidores do Instituto Mineiro de Agropecuária. (Precedente do TJMG: Apelação Cível nº 167.493-6, Relator Desembargador Baia Borges.)

Por fim, assinalo que o adicional de insalubridade deve incidir, nos termos do art. 34 do Decreto 33.859/92, sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor, nos moldes que restou decidido na sentença de fls. 119/120-TJ, não sendo aplicáveis ao caso o art. 4º do Decreto nº 39.032/97 e o artigo 13 da Lei nº 10.745/92. Afinal,

> a legislação aplicável nestes autos é, tão-somente, a Lei nº 10.594/92 e o Decreto que a regulamentou, nº 33.859/92. Tanto a Lei nº 10.745/92 quanto o Decreto nº 34.573/93, que a regulamentou, são normas aplicáveis aos servidores da administração direta, autarquias e fundações do Estado de Minas Gerais. Aos servidores do IMA, apesar de se tratar de entidade autárquica, não se aplicam os diplomas legais retromencionados porque existe lei própria, aplicável a estes servidores, tratando, de forma diversa, dos percentuais do adicional de insalubridade, seus limites e condições. (Precedente do TJMG: Apelação Cível nº 167.493-6, Relator Desembargador Baía Borges.)

Definida que a legislação aplicável nestes autos é, tão-somente, a Lei nº 10.594/92 e o Decreto que a regulamentou, nº 33.859/92, tenho que a sentença merece um pequeno reparo, pois, ao estipular o adicional de insalubridade em 30%, contrariou o art. 34 do Decreto nº 33.859/92, que estabelece o percentual máximo de 20% a incidir no adicional de insalubridade. Assim, impõe-se a redução do adicional de insalubridade de 30% para 20% a incidir, nos termos do art. 34 do Decreto 33.859/92, sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo, parcialmente, a sentença, para determinar a redução do adicional de insalubridade de 30% para 20% a incidir, nos termos do art. 34 do Decreto 33.859/92, sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor. Por terem os apelados decaído de parte mínima do pedido, ficam mantidos os ônus sucumbenciais (art. 21, parágrafo único, do CPC). Em razão do que restou decidido, fica prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, EM PARTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

PENHORA - COTAS POR DÍVIDAS PESSOAIS DE SÓCIO - PROIBIÇÃO CONTIDA NO CONTRATO SOCIAL - IRRELEVÂNCIA - APLICAÇÃO DO ART. 591 DO CPC - RESTRIÇÃO DO INGRESSO DE CREDOR COMO SÓCIO - POSSIBILIDADE DESDE QUE REMIDA A EXECUÇÃO PELA SOCIEDADE OU QUE ELA OU OS SÓCIOS OPTEM PELA AQUISIÇÃO DAS COTAS - EXCESSO DE PENHORA - PEDIDO DE REDUÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS - VIA INADEQUADA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 668 E 685, I, DO CPC

- A existência de cláusula no contrato de sociedade de responsabilidade limitada que veda a transferência, alienação ou cessão, parcial ou total, das cotas, sem consentimento prévio e unânime dos demais sócios não impede a penhora da cotas da sociedade por dívida de um deles, pois o contrato não pode impor vedação que a lei não criou, a fim de vedar ao credor o direito de satisfazer seu crédito sobre o patrimônio do devedor.

- Havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade.

- Antes da arrematação ou da adjudicação, os executados poderão requerer, no processo executivo, a substituição dos bens penhorados por dinheiro, na forma do art. 668 do CPC, ou mesmo, no momento oportuno, requerer a redução da penhora em conformidade com o art. 685, I, do CPC. Assim, o pedido de redução de penhora deve ser formulado na execução, e não nos embargos, pois estes são manejados em ação incidental que visa atacar o título executivo ou o próprio processo executivo, o que não importa em dizer que, nos embargos, deverão ser decididas as questões incidentais da execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 338.348-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Direito Comercial - Penhora de cotas por dívidas pessoais do sócio - Existência de cláusula que impediente no contrato social. - A existência de cláusula no contrato social que veda o ingresso de pessoa estranha ao quadro societário, mediante alienação, cessão ou transferência de cotas, sem o consentimento dos sócios, não impede a penhora das cotas da sociedade por dívidas pessoais de um deles. Havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade. O que não se admite é vedar ao credor o direito de satisfazer seu crédito sobre o patrimônio do devedor, sob pena de flagrante malferimento do art. 591 do CPC. Processo civil - Embargos de devedor - Argüição de excesso de execução. - Segundo dispõe o art. 685, inciso I, do CPC, o pedido de redução de penhora deve ser formulado na execução, e não nos embargos. Estes tratam de ação incidental que visa atacar o título executivo ou o próprio processo executivo, o que não importa em dizer que nos embargos deverão ser decididas as questões incidentais da execução. Demais disso, poderão os executados, a qualquer momento, no processo executivo, requerer a substituição dos bens penhorados por dinheiro, na forma do art. 668 do CPC, ou mesmo, no momento oportuno, requerer a redução da penhora, na forma do art. 685, II, do CPC.

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 AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2003. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto da sentença que, na ação incidental de embargos movida por Luiz Gonzaga de Souza Lima e Willy Martins Carneiro contra execução por título extrajudicial que lhe move o Estado de Minas Gerais, sucessor da Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais (MinasCaixa), julgou parcialmente procedente o pedido, determinando o decotamento da TR do montante devido, bem como a incidência de juros no importe de seis por cento ao ano e correção monetária pelos índices divulgados pela douta Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Em face da recíproca sucumbência, a sentença determinou fosse distribuída entre as partes a responsabilidade pelas custas processuais e pela verba honorária, nos termos do art. 21 do CPC (fls. 361/366).

Inconformados, insurgem-se os embargantes contra a sentença, requerendo, em preliminar, fosse apreciado o agravo retido de fls. 80/91, interposto

contra a decisão que indeferiu o quesito pericial de n. 03, que reputam indispensável para a solução do litígio. No mérito, retomam a alegação de nulidade da penhora, que não poderia ter recaído sobre cotas da sociedade "Fazendas Reunidas Urucuia Ltda". Alegam também que há excesso de penhora, porque as cotas sociais da empresa acima mencionada estão avaliadas em mais de um milhão de reais. Afirmam que são indevidos os valores consignados nas notas promissórias, porque não celebraram qualquer negócio com a extinta MinasCaixa e que os financiamentos tomados pela pessoa jurídica "Desal" foram todos liquidados. Salientam que mesmo o pagamento de honorários advocatícios deveria ser suportado pela sociedade, e não pelos sócios (fls. 368/382).

Não foram oferecidas contra razões de recurso (cf. certidão de fl. 385).

O douto Promotor de Justiça Antônio Dias Maia oficiou nos autos, afirmando inexistir qualquer hipótese ensejadora da manifestação ministerial (fls. 386/387).

Conheço de recurso porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Agravo retido. Indeferimento de quesito pericial.

Conheço do agravo retido de fls. 80/91, porque requerida sua apreciação em preliminar de recurso, na forma do art. 523 do CPC.

Não obstante, razão não assiste aos apelantes (agravantes).

Na inicial dos embargos, alegaram os apelantes que os contratos de financiamento firmados entre a Desal - Destilaria de Álcool Lassance Ltda. e a extinta MinasCaixa se encontram todos quitados, inclusive com liberação das garantias.

Afirmaram, mais, que:

> Certamente tais títulos, assinados em branco pelos embargantes, foram posteriormente preenchidos, registre-se, por algum equívoco da suposta credora, não em nome da tomadora dos financiamentos - a Desal - Destilaria de Álcool Lassance Ltda., mas em nome das pessoas físicas de seus sócios que jamais contraíram qualquer empréstimo perante a instituição embargada (fls. 09/10).

A exeqüente, por seu turno, esclareceu que as notas promissórias, embora não tenham relação com os financiamentos tomados pela Desal Ltda. junto ao banco, deles decorrem, porque correspondem aos honorários advocatícios dos procuradores à MinasCaixa, que seriam pagos *a posteriori*, em parcelas representadas por notas promissórias.

Este fato restou suficientemente demonstrado pelo documento de fl. 141, bem como pela perícia técnica realizada.

A corroborar tais fatos, basta ver que a liquidação dos débitos ocorreu em março e abril de 1994, ao passo que as notas promissórias, todas, foram emitidas em outubro de 1994, posteriormente à quitação portanto. Releva notar, mais, que duas das promissórias, vencidas em outubro e novembro de 1994, foram devidamente satisfeitas, o que não ocorreria, se porventura fossem realmente indevidos os pagamentos.

Por tais fatos, absolutamente impertinente se mostrava o quesito de n. 03, pelo qual pretendiam os embargantes apurar se as notas promissórias foram assinadas em branco, mesmo porque, em momento algum, alegou-se que houve preenchimento abusivo das cártulas ou em desconformidade com o avençado.

Considerando que o juiz é o destinatário das provas e sendo tal prova desnecessária na espécie, nada há a reparar na v. decisão que indeferiu o quesito formulado, na forma do art. 130 do CPC.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo retido.

Mérito. Argüição de nulidade da penhora.

Alegam os apelantes, também, que é ilegal a penhora que recaiu sobre as cotas da sociedade "Fazendas Reunidas Urucuia Ltda.", porque o contrato social veda a transferência, alienação ou cessão, parcial ou total, das cotas, sem consentimento prévio e unânime dos demais cotistas.

Com a devida vênia, investem-se os apelantes contra questão há muito superada pela doutrina e pela jurisprudência pátria, sobremaneira aquela advinda do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Execução. Penhora. Quotas sociais. Sociedade de responsabilidade limitada. Execução contra sócio. - É possível a penhora de quota social por dívida individual do sócio. A cláusula que garante a preferência aos outros sócios na alienação não impede a penhora. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, REsp 327.687/SP, Reg. 200100578736, Quarta Turma, v.u., julg. em 21.02.2002, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. no *DJ* de 15.04.2002, p. 225).

Nem se diga que, havendo cláusula impediente no contrato social, dever-se-ia respeitar a vontade societária, impedindo que um terceiro viesse a participar da sociedade.

Ora, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade.

O que não se admite é vedar ao credor o direito de satisfazer seu crédito sobre o patrimônio do devedor, sob pena de flagrante malferimento do art. 591 do CPC.

Outra não é a orientação do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa - Recurso especial - Processual Civil e Comercial - Penhora de quotas sociais de sociedade por cotas de responsabilidade limitada - Possibilidade.
>
> - I. É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, em razão de inexistir vedação legal. Tal possibilidade encontra sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual 'o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei'.
>
> - II. Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais devem ser determinados levando em consideração os princípios societários. Destarte, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade (Superior Tribunal de Justiça, REsp 221.625/SP, Reg. 199900590570, Terceira Turma, v.u., julg. em 07.12.2000, Relator Ministra Nancy Andrighi, pub. no *DJ* de 07.05.2001, p. 138).
>
> Ementa: Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora das cotas sociais. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial.
>
> - 1. As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou.
>
> - 2. A penhora não acarreta a inclusão de novo sócio, devendo ser 'facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119)', como já acolhido em precedente da Corte.
>
> - 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, REsp 234.391/MG, Reg. 199900929446, Terceira Turma, v.u., julg. em 14.11.2000, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, pub. no *DJ* de 12.02.2001, p. 113).

Do excesso de penhora.

Alegam os embargantes que as cotas da sociedade que foram constritas foram avaliadas em "mais de um milhão de reais", e que o valor da execução, comparado com aquele é ínfimo. Por isso, concluem, haveria "excesso de penhora", em infringência aos artigos 620 e 659 do CPC.

Obviamente, sem razão.

Segundo dispõe o art. 685, inciso I, do CPC, o pedido de redução de penhora deve ser formulado na execução, e não nos embargos. Estes tratam de ação incidental que visa atacar o título executivo ou o próprio processo executivo, o que não importa em dizer que nos embargos deverão ser decididas as questões incidentais da execução.

Em caso análogo, assim se pronunciou o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Ementa: Penhora - Nulidade - Excesso - Alegação antes da avaliação dos bens - Inadmissibilidade - Artigo 685 e incisos do Código de Processo Civil - Alegação, ademais, feita mediante embargos, o que é cabível somente nos casos de excesso de execução - Recurso não provido. - Não se deve confundir excesso de penhora com excesso de execução, sendo o primeiro a apreensão de bens de valor muito maior que o do crédito do exeqüente e alegável mediante requerimento do devedor, ao passo que o segundo é o pedido excessivo do credor, que se alega mediante embargos (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Benini Cabral - Apelação Cível nº 178.838-1 - Ribeirão Preto - 02.12.1992).

Registre-se, por fim, que poderão os executados, a qualquer momento, no processo executivo, requerer a substituição dos bens penhorados por dinheiro, na forma do art. 668 do CPC, ou mesmo, no momento oportuno, requerer a redução da penhora, na forma do art. 685, I, do CPC.

Rejeito.

Do débito exigido.

Por fim, afirmam os apelantes que não celebraram qualquer negócio com a extinta MinasCaixa, que os financiamentos tomados pela "Desal Ltda." foram todos liquidados e que, se restou algum débito a título de honorários advocatícios, a responsabilidade de satisfazê-los é daquela sociedade, e não de seus sócios.

Mais uma vez, razão não lhes assiste.

A prova dos autos é esclarecedora e convincente no sentido de que os apelantes, na condição de sócios das empresas Desal - Destilaria de Álcool Lassance Ltda. e Emtec Agropecuária Ltda. assumiram a obrigação de quitar os honorários advocatícios relativos aos débitos que aquelas sociedades mantinham junto à extinta MinasCaixa, emitindo notas promissórias representativas daqueles valores.

A douta perita oficial, em resposta aos quesitos dos embargantes (apelantes), esclareceu:

Primeiro quesito

Queiram os Srs. Peritos informar a natureza dos contratos que deram origem à emissão das notas promissórias, ora executadas, bem como o seu período de vigência, as partes envolvidas, os valores, as garantias, individualizando-as.

Resposta:

O documento constante do Anexo nº IV informa, em seu § 1º, que:

'... Tais documentos representam os contratos aditivos assinados pelos Srs. Embargantes, na condição de representantes legais (sócios) das empresas Desal - Destilaria de Álcool Lassance Ltda. e Emtec Agropecuária Ltda., liquidados em 30 de março de 1994, com a ressalva de que no saldo devedor total não estavam incluídas as despesas relativas a custas processuais e a honorários advocatícios. *Estes seriam acertados à parte com o Departamento Jurídico da MinasCaixa, de cuja negociação resultaram as notas promissórias, no total de 07 (sete), emitidas pelos sócios das referidas empresas, Srs. Luiz Gonzaga de Souza Lima e Willy Martins Carneiro*' (grifos da perícia).

Segundo quesito

Queiram os Srs. Peritos informar, de posse da documentação colacionada aos autos, se os referidos instrumentos encontram-se efetivamente cumpridos (liquidados), e se realmente a Embargada autorizou a liberação das garantias que asseguravam os pactos de financiamento? Há saldo credor em favor da Instituição Financeira Embargada? Se positivo, especificar o *quantum*?

Resposta:

Sim. Verifica-se pelos documentos dos autos que houve a liquidação dos financiamentos EIZ/88/217, EIA 89/297, ECA/90/475 e PNA/INDUS/BCB/BIRD-EII/84/001 concedidos a Desal - Destilaria de Álcool Lassance Ltda., junto à extinta Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais - MinasCaixas, ag. Corinto, em 30.03.94 (fls. 141/142, dos embargos).

Ressalta-se, contudo, que as despesas relativas aos honorários advocatícios não foram quitadas naquelas datas, pois seriam acertadas à parte (fl. 141) (fls. 231/232).

Sétimo quesito

Queiram informar os Srs. Peritos, por uma análise das planilhas de cálculo apresentada pela Embargada às fls. 11/15 da execução, se há, efetivamente, cumulação de comissão de permanência com correção monetária?

Resposta:

Em análise às planilhas de fls. 11/15, a Perícia constatou que, mês a mês, aplicava-se a TR do período de dias sobre o valor acumulário, e sobre este se aplica o percentual referente a juros equivalentes a 6% a.a. no período.

Assim, favor reportar-se ao Anexo nº II.

Oitavo quesito

Informem os Srs. Perito se nos cálculos apresentados pela Embargada há efetivamente capitalização de juros? Qual a taxa de juros aplicada pela Instituição Financeira Embargada? Qual a taxa de juros legal utilizada pelo governo no mesmo período do ano?

Resposta:

A perícia elaborou planilhas de cálculo relativamente às cambiais, com a mesma metodologia adotada pela instituição-embargada, constatando que há capitalização mensal de juros, vez que o valor apurado no período anterior (Capital + Correção + Juros = Acumulado) é base para nova atualização pela TR, e sobre a soma dos valores apurados (Acumulado + Correção) aplica-se o percentual de juros equivalentes a 6% a.a.

Para verificação do exposto acima, favor reportar-se ao Anexo nº II.

Registre-se, mais, conforme acima salientado, que duas das sete promissórias emitidas, vencidas em outubro e novembro de 1994, foram devidamente satisfeitas, o que não ocorreria, se porventura fossem realmente indevidos os pagamentos. E nem mesmo os apelantes apresentam qualquer justificativa ou esclarecimento de por que isto ocorrera.

Nego provimento ao recurso.

Conclusão.

Por todo o exposto, *nego provimento ao agravo retido* e, no mérito, *nego provimento* à apelação, mantendo o dispositivo da v. sentença recorrida.

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

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

-:::-

CAUTELAR - SEPARAÇÃO DE CORPOS - CASAL DESAVINDO - OPORTUNIDADE - GUARDA PROVISÓRIA DE FILHOS - INTERESSE DO MENOR - PREVALECIMENTO

- Se a medida cautelar de separação de corpos foi concedida para evitar atritos desnecessários entre cônjuges que não mais pretendem viver juntos e se a análise do acervo instrutório dos autos evidencia ter sido esta a melhor solução para o casal desavindo, impõe-se sua manutenção. Ademais, somente no curso da respectiva ação, com a plena instrução da causa, aferir-se-á, em definitivo, a respeito.

- Em questões atinentes à guarda de filho, devem prevalecer o interesse e o bem-estar do menor - este o único critério para a solução do problema. Assim, se consideradas a idade dele e a ausência de qualquer prova ou indício de que a mãe do menor não reúne condições de bem assisti-lo, é de se prestigiar a decisão que concedeu a ela a guarda provisória do filho.

AGRAVO Nº 324.457-1/00 - Comarca de Abre-Campo - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Medida cautelar - Separação de corpos - Casal desavindo - Oportunidade - Guarda provisória de filhos - Interesse do menor - Seu prevalecimento. - Se a medida cautelar de separação de corpos foi concedida para evitar atritos desnecessários entre cônjuges que não mais pretendem viver juntos, e se a análise do acervo instrutório dos autos evidencia ter sido esta a melhor solução para o casal desavindo, impõe-se sua manutenção. Ademais, somente no curso da respectiva ação, com a plena instrução da causa, aferir-se-á, em definitivo, a respeito. Em questões atinentes à guarda de filho, devem prevalecer o interesse e o bem-estar do menor - este o único critério para a solução do problema (*RT*, 561/179). Assim, se considerada a idade deles (filhos) e a ausência de qualquer prova ou indícios de que a mãe dos menores não reúne condições de bem assisti-los, é de se prestigiar a decisão que concedeu a ela a guarda provisória dos filhos.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hyparco Immesi - 1- Rebela-se o agravante contra a r. decisão de fls. 14/15, com base nos argumentos, em síntese, adiante elencados:

a) que é réu em ação de separação de corpos c/c guarda de menores (fl. 02);

b) que *foi deferida liminar inaudita altera parte*, para determinar a separação de corpos, com o afastamento da agravada do lar, bem como para conceder-lhe (a ela, agravada) a guarda dos três filhos menores, ao fundamento de que não mais existia "...clima para a manutenção da convivência conjugal" - *é a r. decisão agravada* (fl. 03);

c) que, ao contrário do que constou da proemial, o casal sempre viveu harmoniosamente e o pedido foi motivado por sentimentos pessoais e

unilaterais da agravada, que pretendia retirar- se do lar conjugal com os três filhos, *para iniciar outro relacionamento* (fl. 03);

d) que a agravada, mesmo antes da concessão da medida, já se havia mudado para outro Município (o de Manhuaçu), com os três filhos (fl. 04);

e) que não se acham presentes os requisitos necessários a em supedâneo à liminar e, ademais, não se pode desconsiderar a existência de interesses maiores a serem discutidos, inclusive a guarda dos filhos menores (fl. 04);

f) que, por diversas razões, é imprescindível a "*... suspensão da liminar, no que tange à guarda dos filhos*" (fl. 04, *in fine*);

g) que a agravada não reúne condições de deter essa guarda, pois está desempregada, mudou-se para outro Município (Manhuaçu), em endereço desconhecido do agravante, apesar de os filhos estarem em idade escolar e matriculados em escola situada em Santa Margarida (fl. 05).

Almeja o provimento do recurso, para que seja tornada ineficaz a r. decisão agravada.

2 - Pediu efeito suspensivo, este indeferido pelo insigne plantonista, Desembargador Pinheiro Lago (fls. 28/29).

Requisitadas informações, foram elas prestadas pelo dinâmico Juiz da causa, Dr. Marcus Vinícius do Amaral Daher (fls. 43/44), com documentos (fls. 45/65).

Apesar de intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para contraminuta (fl. 66).

O Ministério Público de 2º grau, através de r. parecer da lavra da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Aída Lisbôa Marinho, recomenda o desprovimento do recurso (fls. 68/71).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

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

Como alhures relatado, insurge-se o agravante contra a r. decisão de fls. 14/15, ou seja, a que, em sede de medida cautelar ajuizada, deferiu *liminar inaudita altera parte*, para determinar a separação de corpos, com o afastamento da agravada do lar, bem como para conceder-lhe (a ela, agravada) a guarda dos três filhos menores, ao fundamento de que não mais existia "*... clima para a manutenção da convivência conjugal*".

Argumenta que não havia prova dos pressupostos autorizativos da concessão da discutida liminar, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Todavia, o exame atento do acervo instrutório demonstra que a r. decisão agravada não está a merecer qualquer reparo, como adiante se demonstra.

Como cediço, a separação judicial importará a separação de corpos e a partilha de bens, sendo que aquela (a separação de corpos) poderá ser determinada como medida cautelar (a observar o procedimento geral previsto nos artigos 796 a 812 do CPC), *ex vi* do parágrafo primeiro do artigo 7º da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio).

É de se relembrar que o art. 804 da Lei Instrumentária Civil estabelece que:

> ... é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz...

In haec specie, optou o Juiz da causa por deferir o pedido liminar de separação de corpos formulado pela agravada, segundo consta das informações por ele prestadas, por entender não ser razoável que se determine ou obrigue a permanência dos cônjuges sob o mesmo teto, quando um deles pede seu afastamento do lar conjugal. Esclareceu o Julgador, ainda, que, havendo pedido, o deferimento da buscada separação de corpos evita discórdias e desentendimentos, dentre outros problemas que poderiam advir da forçada permanência sob o mesmo teto (fl. 43).

A propósito, ressaltou o eminente Des. Alves Braga, da Quarta Câmara Cível do TJSP, por ocasião do julgamento do AI 39.531-1, citado no *CPC Anotado*, v. III, 4º ed., RT, 1988, p. 3.010, de ALEXANDRE DE PAULA, *verbis:*

> O deferimento da medida cautelar de separação de corpos requerida por um dos cônjuges, como preparatória para a ação principal - tal como ocorrido na espécie *sub judice* - não exige o exame aprofundado da prova, sob pena de, no processo cautelar, antecipar o magistrado o julgamento da ação a ser ajuizada. O processo de separação de corpos é cautelar e tem como vero objetivo, sem gabar ou desgabar os contendores, verificar se convém ou não, diante das circunstâncias, continuarem os cônjuges, nas vésperas de pugna judicial, sob o mesmo teto. É natural, diante do clima de animosidade que leva os cônjuges a juízo em busca de separação litigiosa, o constrangimento de permanecerem na mesma casa. Se a deterioração das relações do casal chegou a esse ponto, manda a prudência se determine a separação de corpos, já que a existência do conflito se torna manifesta. A medida objetiva preservar ambas as partes, impedindo que se acirrem os ânimos e que aumente a discórdia, aprofundando-se a divergência entre eles, muitas vezes com projeção danosa e desdobramento imprevisível...

Ademais, como anota YUSSEF CAHALI acerca da separação de corpos:

> ... a gravidade do fato que a legitima, resulta por presunção legal, do enunciado da própria ação de dissolução da sociedade conjugal que vai ser proposta... (*in Divórcio e Separação*, Ed. RT, 2º/295).

In haec specie, por tratar-se a medida de poder cautelar do juiz, e verificando ele que a melhor solução para o caso concreto seria determinar o afastamento do agravante do lar, *não há como ser reparada a decisão*, notadamente porque a prova colhida na audiência de justificação demonstra que esta, inclusive, foi a melhor solução para as partes.

No que concerne à *guarda provisória* dos filhos, considerada a idade dos mesmos, mostra-se oportuna e razoável a determinação de que eles permaneçam em companhia da mãe, ora agravada, que, a princípio, reúne condições de bem cuidar deles, educá-los, dentre outros.

Ademais, trata-se de decisão provisória e, como salientado nas informações prestadas pelo ilustre Magistrado, já foi determinada a realização de estudo social na residência de ambos (agravante e agravado), após o que reunirá ele melhores condições de avaliar e decidir acerca da discutida guarda.

Note-se que, ante à inexistência, nestes autos, de motivo relevante para alterar a guarda provisória concedida à agravada, mostra-se oportuna e razoável a manutenção da r. decisão agravada, até o desate do processo principal, inclusive para se evitar maior desestabilização emocional das crianças, com mudanças repentinas em sua rotina. Ademais, em questões atinentes à guarda de filhos, deve prevalecer o interesse e o bem-estar do menor, sendo este o único critério para solução do problema (*RT*, 561/179).

Note-se que, com a r. decisão agravada, evitaram-se problemas e atritos desnecessários entre cônjuges que não mais pretendem viver matrimonialmente juntos. Ademais, foi ela concedida para melhor atender à conveniência e comodidade do casal e dos filhos, além de ter, por óbvio, manifesto caráter de provisoriedade.

À luz do exposto, nega-se provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVENTÁRIO - REMOÇÃO DE INVENTARIANTE - QUEBRA DE CONFIANÇA - POSSIBILIDADE - SUPOSTA SONEGAÇÃO DE BENS - REMESSA DAS PARTES ÀS VIAS ORDINÁRIAS - SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO - INTIMAÇÃO PELO ÓRGÃO OFICIAL DO ESTADO - CONTAGEM DE PRAZO - OBSERVÂNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 412/03

- Os prazos para interposição de recurso nas comarcas do interior cujas intimações dos atos judiciais se dão pelo *Minas Gerais* começam a fluir dois dias úteis após sua publicação em conformidade com o art. 4º da Resolução nº 412/2003, da Corregedoria de Justiça.

- Se os fatos narrados na inicial do incidente de remoção de inventariante incutem no julgador uma quebra de confiança em relação ao inventariante, correta se mostra a sua decisão de removê-lo, mormente se o faz em favor do herdeiro que se encontra na posse e administração do bem inventariado.

- Correta é a decisão do juiz singular que suspende o curso do processo de inventário e remete as partes às vias ordinárias para dirimirem questão relativa a suposta sonegação de bens.

AGRAVO Nº 352.311-5/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Remoção de inventariante - Quebra de confiança - Possibilidade. - Se os fatos narrados na inicial do incidente de remoção de inventariante incutem no julgador uma quebra de confiança em relação ao inventariante, correta se mostra a sua decisão de removê-lo, mormente se o faz em favor do herdeiro que se encontra na posse e administração do bem inventariado.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *Edivaldo George dos Santos - Relator.*

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Victor Guilherme Fagundes contra a r. decisão interlocutória que o destituiu do cargo de inventariante dos bens deixados pelo falecimento de sua genitora, entendendo ser a mesma equivocada, eis que não analisou com a devida correção os fatos ocorridos, apenas levando em consideração a narrativa distorcida feita pela autora do incidente de remoção; que tem direito à meação do imóvel inventariado, eis que não houve a partilha do saldo da poupança na forma articulada pela agravada; que foi nomeado inventariante porque, em virtude da inércia da agravada durante 09 (nove) anos, deu ensejo à abertura do inventário de sua mãe; que não deveria ter ocorrido o sobrestamento do feito, eis que o mesmo beneficia sobremaneira a agravada, que não tem qualquer interesse no desfecho do inventário, tendo em vista estar na posse do imóvel inventariado, culminando, então, por pedir a reforma da decisão agravada. Com a minuta de agravo de fls. 02/09, o agravante trouxe os docs. de fls. 10/56.

Sendo os autos a mim distribuídos e conclusos, proferi o despacho de fl. 61, pelo qual determinei a requisição de informações ao juiz da causa, a intimação da agravada para contraminutar o recurso e, por fim, a sua posterior remessa à PGJ.

A agravada apresentou a contraminuta de fls. 67/73, com os docs. de fls. 74/84, alegando, preliminarmente, a intempestividade do recurso e a falta de interesse de agir do agravante, pugnando, no mérito, pelo improvimento do recurso.

A inclita Juíza *a qua* prestou informações à fl. 86, esclarecendo as razões pelas quais formou sua convicção, salientando que o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC.

Vertidos os autos à PGJ, esta ofertou o parecer de fls. 89/91, pelo qual opinou pelo improvimento do recurso.

Sendo este o breve relatório de todo o processado, passo a proferir o meu voto:

Preliminarmente. Intempestividade do recurso.

Alega a agravada que o presente agravo é intempestivo, não merecendo ser conhecido. Contudo, vê-se que as partes foram intimadas acerca da r. decisão recorrida em 11 de junho de 2003, quarta-feira.

Como é cediço, nos termos da Resolução nº 412/2003, da Corregedoria de Justiça do egrégio TJMG, os prazos nas comarcas do interior cujas intimações dos atos judiciais se dão pelo *Minas Gerais*, começam a fluir dois dias úteis após sua publicação. Colha-se o art. 4º da citada resolução:

> Art. 4º As intimações publicadas no *Diário do Judiciário* considerar-se-ão feitas dois dias úteis após a data da publicação.

Sendo assim, os dias 12 e 13 de junho, quinta e sexta-feira, respectivamente, não são contados, sendo que o primeiro dia útil seguinte foi o dia 16 de junho, segunda-feira, quando teve início a fluência do prazo recursal.

Esse prazo findou em 25 de junho de 2003, uma quarta-feira, dia útil. Analisando-se o envelope de fls. 56, vê-se que o mesmo foi postado nessa mesma data. Tempestivamente, portanto, a teor do disposto no § 2º do art. 525 do CPC, *in verbis*:

> Art. 525. (...)
>
> § 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

Sendo assim, *rejeito* a preliminar eriçada pela agravada e conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Falta de interesse de agir.

Ainda em sede de preliminar, argúi a agravada que falta interesse de agir ao agravante, tendo em vista que, segundo entende, a decisão recorrida baseou-se no fato de que o bem inventariado se encontra na posse dela, agravada, e não na sonegação de bens sobre a qual dissertou longamente o recorrente.

Contudo, o interesse de agir demonstra-se

> pela necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais,

conforme preleciona o Mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, na sua clássica obra *Curso de Direito Processual Civil* (39ª edição, v. I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 52).

Sendo assim é inequívoco que o agravante detém interesse recursal, eis que a decisão recorrida atinge seu interesse, legitimando-o a buscar a sua reforma perante o órgão colegiado de segunda instância.

Nesses termos, *rejeito* a preliminar de falta de interesse de agir.

Mérito.

Entretanto, quanto ao mérito, vejo que o inconformismo do agravante não merece acolhida. Com efeito, plena de acerto a afirmação contida no *decisum* recorrido atinente à quebra de confiança no agravante para sua continuidade à frente do encargo de inventariante:

> Pois bem, primeiramente, há de se ressaltar que as provas carreadas aos autos não comprovam de maneira inequívoca os fatos narrados, mas consubstanciam-se em graves e efetivos indícios ao que veio alegado na peça de ingresso, não podendo ser desconsideradas. Importante destacar, ainda, que o que se verifica da documentação carreada pelo Requerido às fls. 50/51, especificamente às fls. 51, onde se percebe, claramente, a inclusão de dados e a modificação de valores, o que suscita dúvidas quanto a prestação fidedigna do inventariante.

Os fatos narrados na inicial do incidente de remoção de inventariante e sopesados na decisão recorrida, evidenciam a necessidade de se afastar o agravante da condução dos negócios do espólio.

Correta a decisão singular ao remeter as partes às vias ordinárias, suspendendo o curso do inventário, para dirimirem a questão da suposta sonegação de bens, tendo em vista sua complexidade.

Por outro lado, prudente a afirmação contida no r. julgado no sentido de que é mais conveniente que o herdeiro detentor da posse e administração do bem inventariado assuma a inventariança, o que é plenamente corroborado pela ordem legal elencada no art. 990 do CPC, mormente no seu inciso II, *in verbis*:

> Art. 990. O juiz nomeará inventariante:
>
> I - *Omissis*
>
> II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado.

Além da observância à ordem legal acima citada, no caso dos autos, está evidente a litigiosidade entre as partes, sendo de todo conveniente a definição da inventariança em favor da herdeira que detém a posse e administração do imóvel inventariado. Essa posição é plenamente corroborada pelo seguinte aresto anotado por THEOTONIO NEGRÃO:

> A ordem de nomeação de inventariante insculpida no art. 990 do CPC deve ser rigorosamente observada, excetuando-se as hipóteses em que o magistrado tenha fundadas razões para desconsiderá-la, com o fim de evitar tumultos processuais desnecessários ou mesmo a sonegação de bens, como no caso, em face da patente litigiosidade existente entre as partes (STJ-4ª Turma, REsp 283.994-SP, Rel. Min. César Rocha, j. em 6.3.01, não conheceram, v.u., *DJU* de 7.5.01, p. 150) (*in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 34ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 898).

O julgado abaixo, também anotado pelo Mestre acima citado, dá plena guarida ao afastamento do inventariante em virtude da quebra de confiança incutida no julgador:

> Art. 995: 2. 'Não é exaustiva a enumeração do art. 995 do CPC, nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante' (*RTJ*, 94/738 e *RP*, 25/318). No mesmo sentido: *JTJ*, 192/205 (obra citada, p. 904).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a bem-lançada decisão monocrática.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

PRECATÓRIO - CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR - PARCELAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 78 DO ADCT DA CARTA MAGNA - CARÁTER ALIMENTÍCIO DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Os precatórios, que refletem crédito estabelecido em razão de indenização por morte fundada em responsabilidade civil do Estado, possuem natureza alimentar, ante os inequívocos comandos emanados da norma do § 1º-A do art. 100 da Carta Magna, que, por seu caráter instrumental, possui aplicação imediata.

- O fato de parte do crédito refletido no precatório referir-se à verba honorária estabelecida pela decisão judicial não possui o condão de desnaturar o caráter alimentício do aludido precatório, tendo em vista o inequívoco caráter alimentar dos honorários de advogado.

- É vedado o parcelamento do crédito de natureza alimentícia refletido em precatório conforme se infere da norma do art. 78 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000.

AGRAVO Nº 320.478-1/00 - Comarca de Arcos - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Precatório - Natureza - Ordem de preferência. - Os precatórios, que refletem crédito estabelecido em razão de indenização fundada em responsabilidade civil do Estado, possuem caráter alimentar, ante os inequívocos comandos emanados da norma do § 1º-A do art. 100, de nossa Carta Magna, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, que, por seu caráter instrumental, possui aplicação imediata. Em razão da inequívoca condição de precatório de caráter alimentício, o débito nele refletido não pode ser objeto de parcelamento, à inteligência da norma do art. 78 do ADCT, introduzido pela retromencionada emenda constitucional. Recurso provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, a Dr.ª Elena Maria Garcia Rezende Leão.

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

Cuida-se, na espécie, de agravo de instrumento interposto por José dos Reis de Paula e outra, em face de decisão interlocutória proferida nos autos da ação de indenização movida pelos mesmos, em desfavor do Município de Arcos, *decisum* pelo qual se deixou de atribuir caráter alimentar ao precatório, cuja expedição foi determinada nos aludidos autos.

Alegam os recorrentes, em suas razões, ser incontestável o caráter alimentar do precatório, cuja expedição foi determinada, decorrendo tal natureza das disposições contidas na norma do § 1º-A do art. 100 de nossa Carta Magna, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, sendo defeso, portanto, à Administração, parcelar o débito refletido no precatório em questão, à inteligência da norma do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, introduzido pela aludida emenda, pugnando, pois, pela reforma da decisão vergastada.

A questão posta nos autos é singela, tendo em vista que a norma do art. 100 da CF/88 determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo excetuadas, contudo, as obrigações definidas em lei como de pequeno valor e os créditos de natureza alimentícia, os quais, nos termos do § 1º-A do dispositivo constitucional em comento, introduzido pela Emenda nº 30/2000, compreendem as indenizações por morte, fundadas na responsabilidade civil, dentre outros, *in verbis*:

> § 1º-A - Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

Outrossim, em se tratando de norma de natureza instrumental, sua aplicação é imediata, ou seja, em nada influi a circunstância de o evento danoso que ocasionou o estabelecimento da indenização em favor dos ora agravantes ter-se dado nos idos de 1994, anteriormente ao advento da retromencionada emenda constitucional, que introduziu ao art. 100 de nossa Carta Magna, o § 1º-A, o qual, por sua natureza instrumental, aplica-se imediatamente.

Destarte, em sendo o crédito refletido no precatório, cuja expedição foi determinada, alicerçado em indenização por morte, fundada na responsabilidade civil do Estado, a espécie dos autos enquadra-se no acima transcrito dispositivo constitucional, possuindo o precatório inequívoco caráter alimentar, devendo, pois, ser disposto em ordem própria, com prioridade sobre os precatórios de natureza geral.

A propósito, coadunáveis arestos:

> Processual Civil. Fazenda Pública. Sucumbência recíproca. Honorários. CPC, art. 21. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 - STJ. Débitos de natureza alimentícia. Precatório. Necessidade. - 1. Não se conhece da inconformação que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi efetivamente apreciada pelo Tribunal de origem - Súmula 211/STJ. - 2. Os débitos alimentícios da Fazenda Pública estão necessariamente vinculados à expedição de precatório, gozando de preferência na ordem cronológica dos créditos de natureza diversa. - 3. Recurso parcialmente conhecido (5ª T., REsp nº 95.231/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 24.11.98, *DJ* de 1º.2.99).

> Agravo de instrumento. Precatório atrasado. Pedido de retificação para caráter alimentar. Deferimento. - Se a dívida do Estado configura, exatamente, nas hipóteses do art.100, § 1º-A, da CF, defere-se o pedido de retificação do precatório para alimentar, tanto porque demonstrado que tal valor foi retirado de proventos, como evidente o erro material na sua expedição (TJMG - AI nº 295.784-3; Rel. Des. Francisco Figueiredo).

> Constitucional e Administrativo - Agravo de instrumento - Créditos de natureza alimentícia - Fazenda Pública - Pagamento mediante precatório - Desvinculação da observância da ordem cronológica - Inteligência do art. 100, *caput* e § 1º-A, da Constituição da República e Súmula 144 do colendo STJ. - Os créditos de natureza alimentícia, devidos pela Fazenda Pública, deverão ser pagos mediante precatório, nos termos do dispositivo constitucional de regência, com a ressalva de que há sua desvinculação da observância da ordem cronológica das demais dívidas, nos termos da súmula expedida pelo eg. Superior Tribunal de Justiça (TJMG - AI nº 332.503-2; Rel. Des. Dorival Guimarães; *DJMG* de 24.06.03).

Ademais, a Súmula nº 144, editada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, dispõe, expressamente, que:

> Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

Assim, da análise da legislação de regência conclui-se, inequivocamente, que os débitos de natureza alimentícia e as obrigações definidas em lei como de pequeno valor não entram no rol juntamente com os demais precatórios comuns devidos pela Fazenda, porquanto tais situações foram excepcionadas por nossa Carta Magna, devendo, pois, os aludidos precatórios, ser dispostos em ordem própria, concorrendo, contudo, em pé de igualdade, com os demais créditos de igual natureza.

Oportuna a transcrição das anotações de THEOTONIO NEGRÃO a respeito do tema:

> Art. 730: 20d. Súmula 144 do STJ: 'Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa' (v. jurisprudência s/ esta Súmula em *RSTJ*, 80/301 a 333). 'Não se acham dispensados do regime de pagamento por meio de precatórios os créditos de natureza alimentícia, nem contraria o art. 100 da Constituição serem eles dispostos em ordem própria, com prioridade sobre os de natureza geral. Precedente do Supremo Tribunal: ADIN 47 (sessão de 22.10.92)' (*RTJ*, 143/289). No mesmo sentido: *RTJ*, 147/1.082, 149/1.002, 154/291 (refere-se a acidente do trabalho), 154/301, 155/662, 158/358, 158/705, 158/714; STF-RT, 693/271, 728/173; *RT*, 674/92, maioria.

Outrossim, é de se ressaltar que a circunstância de que parte do crédito refletido no precatório em questão referir-se à verba honorária estabelecida pela decisão judicial não possui o condão de desnaturar o caráter alimentício do aludido precatório, tendo em vista o inequívoco caráter alimentar dos honorários advocatícios, conforme consentâneo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Nesse passo, em sendo inconteste a natureza alimentícia do crédito refletido no precatório em questão, a Fazenda Pública não poderia lançar mão do parcelá-lo, conforme previsto na norma do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, *in verbis*:

> *Ressalvados os créditos* definidos em lei como de pequeno valor, os *de natureza alimentícia*, os de

que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiveram seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data da promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão de créditos (grifei).

Com tais considerações, provejo o recurso aviado para retificar o precatório em questão, impingindo-lhe caráter alimentar, razão pela qual deverá ser disposto em ordem própria, com preferência sobre os de natureza geral, restando ainda obstaculizado o parcelamento do crédito nele refletido, consoante os inequívocos comandos emanados do acima transcrito dispositivo do ADCT .

Custas, pelo recorrido.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ARRENDAMENTO RURAL - PRAZO CONTRATUAL FINDO - DESPEJO - CABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 32 DO DECRETO Nº 59.566/66

- A ação cabível para o arrendante reaver o imóvel objeto de arrendamento rural, uma vez findo o prazo contratual ou de renovação, é a de despejo, conforme previsto expressamente no art. 32 do Decreto 59.566/66.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 347.740-3/00 - Comarca de Águas Formosas - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Embargos à execução - Contrato de arrendamento rural - Decreto 59.566/66. - A ação cabível para o arrendante reaver o imóvel objeto de arrendamento rural, uma vez findo o prazo contratual ou de renovação, é a de despejo, conforme previsto expressamente no art. 32 do Decreto 59.566/66.

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, 16 de outubro de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - Trata-se de apelação interposta pelo Município de Águas Formosas contra r. decisão de fls. 48/55, que julgou improcedentes os embargos opostos à execução que lhe move Deilton de Almeida Pinto e s/m Maria de Fátima Silva Pinto.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na espécie, foi celebrado contrato de arrendamento rural de

> uma gleba de terra com a área 56.782,94 m² (cinqüenta e seis mil setecentos e oitenta e dois virgula noventa e quatro metros quadrados), margeando o rio Pampã e o córrego Águas Belas, na Fazenda Niterói

entre o proprietário: Amilton de Almeida Pinto, posteriormente sucedido pelos apelados, e o Município de Águas Formosas, representado pelo Prefeito Municipal, conforme se verifica dos documentos de fls. 07/10 dos autos principais, em apenso. A área arrendada seria destinada à extração de argila, obrigando-se o Município a restituir o imóvel devidamente aterrado, findo o prazo contratual.

Findo o prazo e não tendo sido restituído o imóvel, ajuizaram os proprietários ação ordinária, convertida em "ação de execução para entrega de coisa certa cumulada com perdas e danos".

O ilustre Sentenciante houve por bem julgar improcedentes os embargos, posicionando-se no sentido da impossibilidade de,

> através dos presentes embargos, decretar-se a perda da propriedade dos embargados em relação ao bem imóvel objeto do conflito, como parece pretender o embargante...,

determinando que o valor da indenização seja apurado em liquidação de sentença.

Irresignado, apela o Município, fls. 56/59, buscando a reforma do julgado que o desfavorece, sustentando o desacerto da decisão, que estaria dissociada da lei e da prova dos autos. Sustenta ainda a "nulidade do processo", a inexistência de título executivo judicial e a inadequação do meio processual escolhido, além da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Com razão o Município-apelante.

A meu sentir, o rito processual escolhido pelos apelados não se faz adequado à espécie. De fato, a decisão proferida no agravo (fls. 109/112-TJ, volume 1, em apenso) não definiu o tipo de ação cabível na espécie, mas limitou-se a admitir a possibilidade de emenda da inicial para transformação da ação ordinária em executiva.

In casu, pretendem os apelantes a retomada do imóvel pela expiração do prazo contratual estipulado em contrato de arrendamento rural.

A situação é regida pelo Decreto 59.566/66, que regulamentou a Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra).

O referido Decreto 59.566/66 determina o cabimento da ação de despejo para retomada do imóvel nas hipóteses enumeradas no art. 32, dentre as quais o término do prazo contratual ou de sua renovação (inciso I).

Sobre o tema, oportuna a transcrição da ementa proferida no Proc. 210.019-6, datado de 29.11.2001, que teve como Relator o em. Des. Bady Curi:

> A ação de reintegração de posse proposta não é apta a reaver as terras objeto de arrendamento rural, em posse do arrendatário, *eis que o Estatuto da Terra determina que a ação cabível é de despejo*, e a posse encontra-se regularizada pela renovação automática do contrato, pela ausência de notificação.

No mesmo sentido a doutrina de SILVIO DE SALVO VENOSA - *Direito Civil*, 3ª edição, p. 361/362:

> A extinção do contrato de arrendamento ou de parceria ou a infringência legal ou contratual de suas cláusulas abrem ensejo à ação de despejo, nos termos dos nove incisos do art. 32 do decreto regulamentador...

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos, extinta a execução e invertidos os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ACIDENTE DE TRABALHO - HERDEIROS - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - ESPÓLIO - PARTE ATIVA ILEGÍTIMA

- Cabe aos herdeiros do *de cujus* a legitimidade ativa para pleitear indenização em virtude de danos morais decorrentes de morte por acidente de trabalho, pois o direito que se busca pertence a eles, sendo o espólio parte ilegítima para propor a ação, pois se trata de pessoa jurídica que apenas representa os direitos e deveres transmitidos pelo falecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.99.020138-7/001 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Indenização - Danos morais. - Constitui o espólio parte ilegítima para pleitear indenização em virtude de danos morais decorrentes de morte por acidente de trabalho, haja vista que representa os direitos e obrigações do *de cujus*, sendo a titularidade de eventual indenização pertencente aos herdeiros.

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 EXTINGUIR O PROCESSO NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Trata-se de apelação interposta pelo Município de Vilhena (RO), contra a

sentença de fls. 176/185, que julgou procedente o pedido e condenou o apelante a pagar ao autor a quantia correspondente a 1.500 (mil e quinhentos) salários mínimos, a título de indenização por danos morais, na proporção de metade à viúva Laura Tavares dos Santos e metade destinada aos seis filhos deixados, indenização que deverá ser paga ao espólio-autor, esclarecendo ainda que, se o pagamento ocorrer após um mês do último reajuste do salário mínimo, deve-se acrescer atualização monetária pelos índices do INPC, juros legais de 12% a.a e moratórios de 6% a.a, além de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais, acostadas às fls. 201/203-TJ, o apelante insurge-se quanto ao valor arbitrado pelos danos morais, salientando a sua condição socioeconômica, salientando ainda que o sinistro tenha ocorrido há mais de 20 anos e, só agora, a família venha a reivindicar danos morais, requerendo indenização sem comprovar o dano sofrido, como também não demonstrou dolo ou culpa do Município-réu. Argumenta que a sentença arbitrou um valor sem qualquer demonstração de cálculos, tomando um valor aleatoriamente colocado na petição inicial. Assevera, ainda, que o r. *decisum* excluiu da lide, erroneamente, a segunda ré - Sudeco - pois, mesmo aposentado o *de cujus*, ainda lhe prestava serviços, acidentando-se quando operava um trator do Município, que fora emprestado para a construção de uma estrada federal, obra realizada pelo órgão federal citado. Bate-se pelo reconhecimento de que a Sudeco seja responsável por todos os danos. Alternativamente, pleiteia que o valor da condenação seja reduzido para se adequar à realidade econômico-financeira do Município.

Como relatório adoto, ainda, o da r. decisão hostilizada, acrescentando que as contra-razões foram regularmente apresentadas. A douta Procuradoria de Justiça, em parecer do ilustre Dr. Márcio Heli de Andrade, manifestou-se pela desnecessidade de intervenção ministerial no feito.

Conheço da apelação, eis que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade. Malgrado o silêncio da decisão hostilizada acerca da remessa obrigatória, procedo, de ofício, ao reexame necessário, em virtude da condenação ter sido proferida contra ente estatal, excedendo o valor de 60 salários mínimos.

Cuidam os autos de situação trágica que, nos idos de 1979, atingiu Pedro Francisco dos Santos, quando este executava serviço de terraplanagem, tendo sido vítima de acidente fatal, em virtude de queda de uma árvore.

Em sede de preliminar, passo à análise da legitimidade ativa do espólio-autor, aqui recorrido, para figurar na lide.

Tenho que o espólio constitui pessoa jurídica que representa os direitos e deveres transmitidos pelo *de cujus*. A meu sentir, o direito à indenização por dano moral que se busca pertence com exclusividade a cada um dos parentes próximos, ou seja, os filhos, além da viúva, obviamente, que, porventura tenham sido acometidos de grande dor ou angústia em virtude do passamento. Desta forma, não seria o espólio parte legítima para ajuizar a presente ação, e sim os filhos e a viúva, separada ou conjuntamente, haja vista a titularidade de indenização eventualmente devida; já que, se procedente a ação, a eles caberia recebê-la.

Da inicial, percebe-se, claramente, que o pedido, embora proposto em nome do espólio, é da titularidade dos parentes do falecido. Tal situação vem caracterizar flagrante desrespeito ao artigo 6º do CPC:

> Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Não há, neste caso, a hipótese de autorização legal, a permitir que o espólio pleiteie direito pessoal dos filhos e viúva do falecido, pois sua função precípua e única é a de representação da universalidade de direitos e obrigações do *de cujus*.

Registre-se que na ação proposta não foi sequer juntada procuração de todos os filhos, e, dado ao caráter eminentemente subjetivo do dano moral, não poderá ser presumido em relação a terceiros, ainda que parentes da vítima, porém, que não outorgaram poderes para o ajuizamento de possível indenização ou reparação de danos morais.

Ante tais considerações, por ausência de uma das condições da ação, a legitimidade ativa do espólio-autor, em reexame necessário, extingo o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC. Prejudicada apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - EXTINGUIRAM O PROCESSO NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-::::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO - PROVA DE RENDIMENTOS INDIVIDUAIS - CAPACIDADE PARA ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS - NÃO-CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

- O benefício da assistência judiciária gratuita é descabido se a prova de rendimentos juntada aos autos demonstra que os requerentes possuem capacidade financeira para arcar com as custas do processo, mormente quando litigarem em litisconsórcio ativo facultativo, resultando as despesas com antecipação de custas em valores módicos para cada um e estiverem representados pelo mesmo profissional.

AGRAVO Nº 1.0024.03.105145-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Assistência judiciária - Prova de rendimentos individuais - Litisconsórcio ativo formado por dez (10) autoras. - Não é a mesma a orientação que prevalece para o deferimento da assistência judiciária, se o caso concreto não envolve pleito individual. Litigando as autoras em litisconsórcio ativo, formado por dez (10) pessoas, as despesas devem ser suportadas por todas, o que resulta, *in casu*, em valores módicos para cada uma, a título de antecipação das custas.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Wander Marotta - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Ledimar de Souza Lima e outras contra a r. decisão de fl. 74, que indeferiu seu requerimento de assistência judiciária feito nos autos da ação ordinária movida contra o Estado de Minas Gerais.

As agravantes alegam que fazem jus ao benefício da justiça gratuita porque não podem arcar com as custas e honorários do processo, sem prejuízo do próprio sustento ou de suas famílias. Ressaltam ter juntado declaração de pobreza e comprovante de rendimentos condizentes com o que prescreve a Lei nº 1.060/50.

Com a devida vênia, não merece ser reformada a decisão.

A assistência judiciária é direito e garantia constitucional, assim prevista no art. 5º, LXXIV, da Carta Maior:

> O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O deferimento do benefício garante à parte com poucos recursos a oportunidade de valer-se da prestação jurisdicional, desde que demonstre não ter condições de arcar com as custas e encargos processuais, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

As agravantes alegam que:

> ... o pagamento das despesas processuais acarretará em prejuízo da sobrevivência dos requerentes e de suas famílias (fl. 05).

Entretanto, constata-se que são funcionárias públicas e percebem proventos líquidos na ordem de:

- Leidimar de Souza Lima: R$525,00 (fls. 23);

- Silma Ferreira Murta: R$1.504,01 (fls. 29);

- Zélia Araújo Barros: R$1.916,88 (fls. 44);

- Maria Aparecida Pimenta Lopes: R$1.842,75 (fls.11);

- Natividade Garcia Vieira: ilegível (fls. 57);

- Corália Maria Fraga Pascoal: R$1.090,21 (fls. 63);

- Marília da Conceição Alves: R$1.822,63 (fls.72);

- Creusa Batista dos Santos: R$1.041,04 (fls.78);

- Ione Fleur Dias: R$1.933,84 (fls. 83);

- Geralda Luiz Pereira de Sá: R$2.395,70 (fls. 88).

Ou seja, o valor total dos proventos alcança R$14.072,06, cerca de 58 salários mínimos, sem

contar o vencimento da Sra. Natividade Garcia Vieira, cujo contracheque de julho de 2003 se encontra ilegível.

Nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060/50:

> Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Como visto, não é esse o caso das agravantes.

A prova de rendimentos juntada demonstra que possuem capacidade financeira para arcar com as custas do processo, mormente porque litigam em litisconsórcio facultativo e estão representadas pelo mesmo profissional.

Ora, se assim litigam, as despesas devem ser suportadas por todas e, *in casu*, tal divisão resulta em valores módicos para cada uma, a título de antecipação de custas.

Neste sentido apontam os julgados colecionados no CD-ROM *Juris Sintese Millenium* nº 38:

> 127223892 - Agravo de instrumento - Assistência judiciária gratuita. - Descabe conceder o benefício da assistência judiciária gratuita quando o litigante tem condições de arcar com as custas do processo, havendo para tanto provas suficientes nos autos. *No caso concreto, o percentual das custas a ser suportado pelo agravante é pequeno, em razão de haver litisconsórcio ativo formado por dez autores.* Ademais, à causa foi dado o valor de alçada. Agravo de instrumento improvido (TJRS - AGI 70004044962 - 6ª C.Cív. - Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier - j. em 08.05.2002).
>
> 117001948 - Gratuidade de justiça - Ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada pelos agravantes em face da agravada. Manutenção do despacho agravado, que, invocando o Enunciado nº 01/01 do TJ/RJ, determinou a comprovação pelos autores-agravantes, *que formam um litisconsórcio de quinze pessoas e que são patrocinados por escritório de advocacia, da alegada condição de hipossuficientes*, para a obtenção do requerido benefício da assistência judiciária (TJRJ - AI 15.520/2001 - 8ª C.Cív. - Rel.ª Des.ª Helena Bekhor - j. em 29.01.2002).
>
> 7188935 - Agravo de instrumento - Assistência judiciária gratuita. - *Tendo os agravantes formado litisconsórcio ativo composto de três autores* e atribuído à causa o valor de alçada, é de ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de AJG. Agravo desprovido (TJRS - AGI 70004070850 - (00515031) - 6ª C.Cív. - Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier - j. em 07.08.2002).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença.

Custas recursais, pelas agravantes.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DANO AMBIENTAL - REPARAÇÃO - ART. 11 DA LEI 7.347/85 - PENA - EXECUÇÃO ESPECÍFICA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - OPÇÃO DO MAGISTRADO - POSSIBILIDADE - EXTENSÃO DO DANO - CONSIDERAÇÃO

- O art. 11 da Lei nº 7.347/85 impõe que o magistrado determine o cumprimento da prestação da atividade devida, ou a cessação da atividade nociva, sob pena de aplicação da pena de execução específica, ou da cominação de multa diária, independentemente de serem requeridas pelo autor. Mas, a discricionariedade ali atribuída ao julgador cinge-se à opção pela medida acessória, não à sua aplicação, que resta obrigatória em virtude da força cogente que emana da norma citada.

- Em se tratando de reparação de dano ambiental, a cominação de multa diária não é a única forma e nem sempre o meio mais adequado para compelir o réu da ação civil pública ao cumprimento da obrigação de fazer, ou de não fazer, imposta na sentença. Observado o interesse público que se visa proteger no caso concreto, há vezes em que a imposição da pena de execução específica se torna muito mais racional e importante do que a aplicação da pena pecuniária, já que, dependendo da extensão do dano causado, a multa diária jamais será suficiente para a sua reparação. Caberá ao julgador procurar fazer com que, no limite do possível, o causador do dano repare o mal feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.02.005950-1/001 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. MOREIRA DINIZ

Ementa oficial: Ação civil pública - Reparação de dano ambiental - Artigo 11 da Lei 7.347/85 - Pena - Execução específica - Cominação de multa diária - Opção do magistrado - Manutenção da sentença. - A cominação de multa diária não é a única forma nem sempre o meio mais adequado para compelir o réu da ação civil pública ao cumprimento da obrigação de fazer, ou de não fazer, imposta na sentença. Observado o interesse público que se visa proteger através da ação civil pública, a imposição da pena de execução específica, na maioria das vezes, torna-se muito mais racional e importante do que a aplicação da pena pecuniária, já que, dependendo da extensão do dano causado, a multa diária jamais será suficiente para a sua reparação.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2003. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Moreira Diniz - Reportando-me ao relatório lançado nos autos, conheço de ambos os recursos, eis que satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

O art. 11 da Lei 7.347/85 impõe ao magistrado determinar o cumprimento da prestação da atividade devida, ou a cessação da atividade nociva, sob pena de aplicação da pena de execução específica, ou da cominação de multa diária, independentemente de serem requeridas pelo autor.

Nesse contexto, a discricionariedade atribuída ao julgador cinge-se à opção pela medida acessória, não à sua aplicação, que resta obrigatória em virtude da força cogente que emana da norma de ordem pública ora enfocada.

No caso dos autos, conforme esclarecido na decisão proferida nos embargos declaratórios (fls. 155/156), ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, o Sentenciante optou pela execução específica, por entendê-la

> menos gravosa, e, sobretudo, mais prática e eficaz ao atendimento do comando emergente do *decisum*, pena de o Administrador municipal incorrer em desobediência à ordem judicial, pelo que poderá responder criminalmente.

Nesse sentido, ao contrário do entendimento do apelante, a cominação de multa diária não é a única forma nem sempre o meio mais adequado para compelir o réu da ação civil pública ao cumprimento da obrigação de fazer, ou de não fazer, imposta na sentença. Observado o interesse público que se visa proteger através da ação civil pública, a imposição da pena de execução específica, na maioria das vezes, torna-se muito mais racional e importante do que a aplicação da pena pecuniária, já que, dependendo da extensão do dano causado, a multa diária jamais será suficiente para a sua reparação.

Em comentário ao disposto no artigo 11 da Lei 7.347/85, PEDRO DA SILVA DINAMARCO, seguindo a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, ensina:

> Assim, o processo deve proporcionar, o mais fielmente possível, a mesma situação que existiria se não tivesse havido o inadimplemento da obrigação, ou seja, o juiz deve sempre buscar pela tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do inadimplemento (qualitativa e quantitativamente).
>
> Daí parece ter razão Rodolfo de Camargo Mancuso quando afirma que na ação civil pública 'a decisão poderá, motivadamente, dispor em modo diverso do pretendido pelo autor, se daí resultar tutela mais adequada ou eficaz'. Isso não quer dizer que o juiz tenha total liberdade para escolher qual a tutela irá conceder. Ele ainda continua adstrito ao pedido do autor (CPC, arts. 128 e 460). O que se pretende afirmar é que, diante da relevância dos bens protegidos pela ação civil pública, o juiz pode, excepcionalmente, alterar os meios para que seja atingido o resultado prático desejado pelo autor. (...).
>
> Rodolfo de Camargo Mancuso também concorda que do art. 11 da lei em questão 'resulta claro que a *mens legis* é a de conseguir, no limite do possível, que o poluidor, o fraudador, o vândalo, repare o mal feito... O objeto da ação, nessa hipótese, terá natureza predominantemente cominatória...'.
>
> Essa sistemática está em plena sintonia com a preocupação do processualista moderno em busca do aprimoramento do sistema processual e a efetividade do processo, tendo na máxima chiovendiana um verdadeiro *slogan*: 'na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter' (*Ação Civil Pública*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, p. 301/303).

Logo, observados a finalidade e o interesse público que se visa proteger através da presente

ação civil pública, tenho que acertadamente decidiu o Sentenciante ao optar pela pena de execução específica, não merecendo reparo a decisão por ele proferida.

Com tais considerações, em reexame necessário, mantenho a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

INDENIZAÇÃO - COPASA - VALETA ABERTA EM VIA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO - ACIDENTE - DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS A TERCEIROS - RESSARCIMENTO - LUCROS CESSANTES - PROVA - AUSÊNCIA - APURAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INVIABILIDADE - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS

- A Copasa responde pelos danos materiais e morais causados a terceiros em razão de acidente ocorrido em valeta desprovida de adequada sinalização por ela aberta em via pública.

- É inviável a averiguação dos lucros cessantes na fase de liquidação de sentença. Nessa fase permite-se apenas a apuração da extensão desses danos, cuja ocorrência deve ser efetivamente provada em momento processual adequado e oportuno.

- Os danos morais devem ser fixados em valor que constitua um fator de desestímulo ao agente de modo a impedi-lo da prática de novos atos lesivos e que possibilite minimizar o sofrimento da vítima.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 339.840-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Ementa oficial: Comprovado que a valeta aberta em via pública não foi sequer sinalizada pela Copasa, é devida a indenização a título de danos materiais e morais em razão de acidente ocorrido no local. - Ao se fixar o valor da indenização por danos morais deve-se, além de se procurar minimizar o sofrimento da vítima, constituir um fator de desestímulo ao agente, de modo a impedir-lhe a prática de novos atos lesivos.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2003. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Presentes os pressupostos próprios, conheço tanto do recurso principal (fls. 82/87), quanto do adesivo (fls. 91/94).

Cuidam os autos de ação de indenização movida por Admilson Pedro de Souza em face da Copasa/MG, a qual veio a ser julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 76/81, sendo a requerida condenada a pagar ao autor

> a título de ressarcimento pelas despesas com o reparo da motocicleta, a quantia correspondente a R$1.474,52; o valor de R$1.065,00 pelas despesas odontológicas; e o valor correspondente a 20 salários mínimos vigentes à época dos fatos, a título de dano moral (fls. 81).

Inconformada, a ré ofereceu o recurso de fls. 82/87, pretendendo a integral reforma da decisão monocrática pelas razões ali expendidas.

Por sua vez, recorreu o autor adesivamente às fls. 91/94, almejando a parcial modificação da sentença.

Prescreve o § 6º do art. 37 da Constituição Federal que:

> 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 ou culpa.

De acordo com este dispositivo, portanto, a Administração Pública tem o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus agentes, independentemente da prova de culpa.

Alega a recorrente que não há nos autos prova alguma a demonstrar o nexo de causalidade entre os danos morais que diz ter experimentado.

Ora, não é preciso muito verbo para se concluir pela improcedência da alegação da requerida.

O auto de corpo de delito acostado por cópia à fl. 15 deixa bastante clara a extensão dos ferimentos do autor, veja-se:

> feridas contusas com escoriações na região frontal, nasal, malar labial, bucinadora esquerda e cervical, esquerdas. Houve fratura dos 04 (quatro) dentes incisivos anteriores superiores. Feridas contusas com escoriações na região dorsal da mão direita e no joelho esquerdo.

O direito pátrio assegura a todos o direito de não ter ofendida a sua integridade corporal, pelo que, tendo sido demonstrado pelo autor que a mesma veio a ser maculada, naturalmente que ao mesmo é assegurada uma compensação financeira pelos danos estéticos que sofreu, sob o título de danos morais.

Aliás, infelizmente, vem-se tornando corriqueira esta atitude por parte da Copasa/MG, que, em atitudes que demonstram menosprezo para com a sociedade em geral, teima em nunca recuperar convenientemente as vias públicas por ela danificadas quando da manutenção de sua malha.

Assim é o entendimento da jurisprudência, inclusive desta Casa:

> Tendo o Departamento de Águas e Esgotos deixado sem sinalização valeta por seus funcionários aberta em via pública, responde com exclusividade por acidente ocorrido no local, sendo inadmissível, portanto, a condenação solidária da Municipalidade (*RT*, 574/129).
>
> Responsabilidade civil - Indenização - Danos materiais - Buraco em via pública - Ausência de sinalização por parte da Copasa - Condenação solidária do município - Inadmissibilidade. - Demonstrada a ausência de sinalização em buraco na via pública, devida é a indenização a título de danos materiais por acidente ocorrido no local, restando caracterizada a responsabilidade civil da Copasa. A responsabilidade pela instalação e manutenção das aberturas de água e esgoto em via pública é exclusiva da companhia de saneamento, sendo inadmissível a condenação solidária do Município. Recurso desprovido (TJMG, Apel. Cível nº 234.789-6, Comarca de Lavras, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 27.06.02).

No que tange à irresignação demonstrada pelo autor ao recorrer adesivamente contra a parte da sentença que lhe negou o pedido de indenização por lucros cessantes, vejo-o completamente sem razão.

É que, de simples análise das provas carreadas ao processo, infere-se que neste aspecto o mesmo não se desvencilhou do ônus de provar a ocorrência destes danos, não sendo, por outro lado, viável a apuração dos mesmos em liquidação de sentença, pois, como se sabe deve o autor provar a efetiva ocorrência dos danos no momento processual adequado e oportuno, apenas lhe sendo permitido apurar na fase de liquidação a extensão destes danos, não e nunca a própria ocorrência dos mesmos. Portanto, tratando-se de danos hipotéticos, agiu com destreza o Magistrado primário ao não condenar a requerida neste ponto.

Nota-se, por outro lado, que ambas as partes se mostram insatisfeitas com o valor da indenização por danos morais ditada em 1ª instância. O autor recorre adesivamente buscando a sua majoração, e, por sua vez, a requerida apela pretendendo vê-lo diminuído.

Ao fixar o valor da indenização por danos morais, é de se ter em conta certos parâmetros, que levam em conta a razão de ser do instituto, fixados por autorizada doutrina:

> Nesse sentido é que a tendência manifestada, pela jurisprudência pátria, é a da fixação de valor de desestímulo como fato de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo, e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial (*in* CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação Civil por Danos Morais: a Fixação do Valor da Indenização", *JTACIVSP*, 147/9).

Tendo-se em conta a excelente lição retrocolacionada, o que se deve procurar, em seara de

danos morais, é penalizar o lesante, buscando a sua conscientização a fim de evitar novas práticas lesivas. Uma indenização insignificante em termos monetários, ao reverso, pode até incentivar o lesante à prática de novos atos danosos, ante a ineficácia da sanção.

Atento a estas lições, penso que o valor arbitrado pelo Juiz *a quo* se revela perfeito para a hipótese dos autos, encaixando-se perfeitamente nos objetivos que norteiam o instituto da indenização por dano moral, quais sejam, reparar, ainda que minimamente, o dano sofrido pela vítima, e servir como uma penalidade ou fator de desestímulo à prática de novas atitudes lesivas por parte do agente, razão pela qual entendo que o mesmo deve ser mantido.

Por final, há que se registrar que, ao distribuir a verba sucumbencial, mais uma vez bem agiu o Sentenciante primário, pois, na verdade, a requerida sucumbiu em praticamente todos os pedidos formulados na exordial, cabendo-lhe, portanto, arcar com os ônus de sua sucumbência na forma descrita na sentença ora combatida.

Diante destas razões, nego provimento tanto ao recurso principal quanto ao adesivo.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - Sr. Presidente. A questão foi muito bem examinada pelo eminente Des. Relator, principalmente tendo em vista o ato omissivo do Poder Público, o qual, para ser indenizável, mister que haja culpa comprovada do Poder Público na sua modalidade clássica e tripartite, como tal entendida a imprudência, a negligência e a imperícia.

O simples fato de não haver sinalização precedente à vala aberta pelo Poder Público denota por si a culpa omissiva do Poder Público, levando-o à indeclinável obrigação de indenizar.

Com esses sucintos fundamentos, é que, também, estou a negar provimento a ambos os recursos, na esteira do voto do eminente Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

FALÊNCIA - SENTENÇA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - PRAZO RECURSAL - CONTAGEM - INÍCIO - PUBLICAÇÃO DO QUADRO GERAL DE CREDORES - § 1º DO ART. 97 DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 - REGRA ESPECIAL - PREVALÊNCIA SOBRE A REGRA GERAL DO CPC - NOMES DE ADVOGADOS - AUSÊNCIA NAS RAZÕES RECURSAIS - CONSTÂNCIA NA PROCURAÇÃO - PREJUÍZO À PARTE CONTRÁRIA - INEXISTÊNCIA - PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO - POSSIBILIDADE

- Tratando-se de agravo, o fato de os nomes dos advogados do agravante não constarem nas razões recursais, mas apenas na procuração, mormente se não se verifica a existência de prejuízo à parte contrária, não pode impedir o prosseguimento do recurso sob alegação de ofensa aos arts. 524, III, e 525, I, do CPC, pois isso seria privilegiar um exagerado apego à forma, o que contraria a processualística moderna.

- Ainda que a publicação da sentença nos autos de habilitação de crédito tenha ocorrido antes da publicação do quadro geral de credores e mesmo que cada habilitação de crédito tenha sido autuada e processada separadamente, deve ser aplicada a regra especial do § 1º do art. 97 do Dec.-lei nº 7.661/45, que, por ser norma específica, prevalece sobre a disposição geral constante do Código de Processo Civil.

AGRAVO Nº 1.0024.00.044031-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Falência - Sentença proferida em habilitação de crédito - Prazo para apelação - Termo de início - Publicação do quadro geral de credores - Inteligência da norma especial do art. 97, § 1º, da Lei de Falências - Agravo provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Idineu Travaglini José, inconformado com a r. decisão trasladada à fl. 31, em que a MM.ª Juíza de Direito da 1ª Vara de Falências e Concordatas da Capital deixou de receber o recurso de apelação que interpôs, em habilitação de crédito na falência de Nova Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., ao fundamento de intempestividade.

Sustenta o agravante, basicamente, que a decisão proferida contraria a regra do art. 97, § 1º, da Lei de Falências, uma vez que a contagem do pertinente prazo recursal se inicia com a publicação do Quadro Geral de Credores, e não com a publicação da sentença nos autos da habilitação, como considerou o douto Juízo monocrático.

O pleiteado efeito suspensivo foi indeferido, no plantão, pelo em. Des. Almeida Melo (fls. 47).

Contraminuta às fls. 48/52.

Breve relato. Decido.

Suscita o agravado, em preliminar, o não-cumprimento dos arts. 524, III, e 525, I, do CPC, o que estaria a prejudicar o conhecimento do recurso.

Com efeito, o documento acostado à fl. 09 dos autos derruba, a um só tempo, os vícios assinalados pelo recorrido.

Impedir o prosseguimento do recurso, apenas em função do não-declínio do nome dos advogados do agravante, nas razões recursais (em que pese constar tal informação da supra-referida procuração), implicaria privilegiar um exagerado apego à forma, não sendo este o propósito da processualística moderna. Ademais, não se verifica a existência de qualquer prejuízo à parte agravada, circunstância que também me leva a afastar a preliminar. (...)

Em que pesem os bons fundamentos contidos na decisão recorrida, prolatada pela culta Magistrada *a qua*, tenho como prevalecente para a hipótese dos autos a regra especial do § 1º do art. 97 da Lei de Falências, assim redigida:

> Art. 97. Da sentença do juiz, na verificação do crédito, cabe apelação ao prejudicado, ao síndico, ao falido e a qualquer credor, ainda que não tenha sido impugnante.
>
> *§ 1º A apelação, que não terá efeito suspensivo, pode ser interposta até quinze dias depois daquele em que for publicado o quadro geral de credores, e será processado nos autos da impugnação* (g.n.).

Com efeito, ainda que a publicação da sentença, nos autos da habilitação de crédito, tenha ocorrido antes da publicação do quadro geral de credores e mesmo que cada habilitação de crédito tenha sido autuada e processada separadamente, não vejo como deixar de aplicar a regra especial supra-referida, que trata, especificamente, da hipótese de recurso de apelação contra a sentença que julga as habilitações de crédito.

Tendo a publicação do quadro geral de credores ocorrido em 19.07.03 (fls. 41), cuidou o ora agravante de interpor recurso de apelação em 05.08.03 (fls. 26); portanto, dentro do prazo de 15 dias, fixado pela norma em comento.

In casu, a prevalência da norma especial, em relação à norma do Código de Processo Civil, também encontra respaldo na jurisprudência do colendo STJ, senão vejamos:

> Processo civil. Falência. Sentença de habilitação de crédito. Prazo recursal. Contagem. Termo inicial. Publicação do quadro geral de credores. Art. 97, § 1º, da Lei de Falências. Regra especial. Prevalência sobre a regra geral do Código de Processo Civil. Precedentes. Recurso provido. - I. Na linha da orientação do Tribunal, e nos termos da lei (art. 97, § 1º, da Lei de Falências), o prazo para apelação de sentença de verificação de crédito em falência é de quinze dias, contado da publicação do quadro de credores. - II. Por se tratar de norma específica, a regra prevista na Lei de Falências acerca do termo inicial da contagem do prazo prevalece em relação à disposição geral constante no Código de Processo Civil (STJ, REsp 400.865/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.m., *DJ* de 10.02.2003).

Veja-se que, por ocasião do julgamento acima referido, o em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira teve a oportunidade de esclarecer a questão, exatamente idêntica à controvérsia instaurada nos presentes autos. Colhe-se do voto de Sua Excelência:

> - 1. A Turma Julgadora concluiu que o prazo para apresentação de apelação contra sentença que julga pedido de habilitação de crédito seria de 15 dias, a contar da intimação do ato decisório, nos termos do art. 242 do Código de Processo Civil, e não da primeira publicação do quadro geral de credores, conforme preceitua o art. 97, § 1º, da Lei de Falências. - 2. A jurisprudência desta Corte, no entanto, é firme no sentido de que 'o prazo para apelação da sentença de verificação de crédito em falência é de quinze dias, contados da publicação do quadro geral de credores (art. 97, par. 1º, da Lei de Falências' (REsp nº 29.122-RJ, *DJ* de 13.12.93, Relator o Ministro Dias Trindade). (...)
>
> É de ressaltar, outrossim, que não há qualquer relevância no fato de o dispositivo legal constar em

legislação antiga, uma vez que ainda em vigor, como no caso. Ademais, por se tratar de norma específica, a regra prevista na Lei de Falências acerca do termo inicial da contagem do prazo prevalece em relação à disposição geral constante no Código de Processo Civil. E, nos termos do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, 'a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior'. - 3. Diz o enunciado nº 25 da Súmula/STJ:

'Nas ações da Lei de Falências, o prazo para a interposição de recurso conta-se da intimação da parte'.

Como bem registrado pelo recorrente, no entanto, esse verbete foi editado para dirimir antiga controvérsia a respeito da exata interpretação do art. 204 da Lei de Falências, a dispensar intimação das partes e publicação do ato para início da contagem dos prazos nos processos de falência, não guardando relação, portanto, com a questão dos autos.

Assim entendida a controvérsia, dou provimento ao agravo para, afastando a intempestividade da apelação, viabilizar a subida do recurso interposto, sem prejuízo do exame de seus demais pressupostos de admissibilidade.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - COISA JULGADA - NÃO-OCORRÊNCIA - VERBA ALIMENTAR - NOVAS PROVAS - VALOR INICIALMENTE FIXADO - ALTERAÇÃO PARA VALOR COMPATÍVEL COM A REALIDADE DAS PARTES - POSSIBILIDADE

- A teor dos arts. 13, § 1º, e 15 da Lei nº 5.478/68 c/c o art. 807 do CPC, os efeitos da coisa julgada não alcançam nova decisão que fixa alimentos provisórios. Portanto, pode o juiz, se novas provas o convencerem, alterar o valor dos alimentos inicialmente fixados para valor compatível com a realidade das partes.

AGRAVO Nº 341.307-7/00 - Comarca de Campina Verde - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Alimentos - Duas decisões - Recursos em duplicidade - Coisa julgada - Não-ocorrência em se tratando de verba alimentar - Prevalência da última fixação - Requisitos presentes. - Os efeitos da coisa julgada não alcançam nova decisão que fixa alimentos provisórios. Deve ser mantida a decisão que modifica os alimentos anteriormente fixados, desde que para os autos venham outros elementos de convencimento.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - S.M.S. interpôs o presente agravo contra a r. decisão de fl. 08-TJ, que, em ação ordinária de reconhecimento e dissolução de união estável cumulado com partilha de bens que lhe move C.S.S., alterou decisão anterior - inclusive objeto de outro agravo -, modificando o valor dos alimentos provisionais para um salário mínimo e meio.

Aduz o recorrente a necessidade de reforma daquela r. decisão, ao argumento de que a agravada não necessita da pensão alimentícia na forma fixada.

A agravada, em contraminuta, alegou em preliminar a prejudicialidade deste agravo ao argumento de "*já ter coisa julgada sobre o mesmo assunto e as mesmas partes*", referindo-se ao julgamento do Agravo em apenso (nº 319.278-8), entre as mesmas partes e com o mesmo objeto, fato confirmado pela certidão de fl. 58-TJ.

Ocorre que, em se tratando de verba alimentar a coisa julgada não surte os seus efeitos, mormente quando se trata de alimentos de natureza provisória, pois assim preconizam os arts. 13, § 1º, e 15 da Lei 5.478/68, ou de natureza provisional regulados pelo art. 807 do CPC, que autorizam a modificação de decisões dessa natureza. A propósito:

> A decisão sobre alimentos nunca transita em julgado, pois essa é a disciplina legal (art. 15 da Lei 5.478/98); não só as sentenças finais, como as decisões provisionais (...) (*RJTJSP*, 70/233).

Por este motivo é que, embora reconheça já ter sido o mesmo tema julgado em outro agravo, em que as mesmas partes litigam, tenho que não é caso de se declarar a prejudicialidade deste recurso, pelo que dele conheço, presentes os pressupostos de admissibilidade.

No tocante ao mérito, razão não assiste ao agravante.

Assim, concluí após analisar o teor das informações prestadas pela d. Magistrada, que se encontram às fls. 38/39.

Naquela oportunidade, esclareceu a MM.ª Juíza que a decisão primeira que fixou os alimentos provisórios, em favor da agravada, em "*30% dos rendimentos do leite do réu*", não poderia mais prevalecer, diante da comprovação, vinda aos autos, de que o agravante não era fornecedor de leite em nenhuma das empresas mencionadas pela agravada. Este fato levou-a a formular novo pedido de alimentos, tendo o salário mínimo como parâmetro.

Na verdade, além da impossibilidade de transitarem em julgado decisões relativas a alimentos, é cediço que o juiz da causa, poderá, se as novas provas assim o convencerem, alterar o valor dos alimentos inicialmente fixados para valor compatível com a realidade das partes.

In casu, não há dúvida, vieram aos autos outros elementos de convencimento que fizeram a d. Magistrada alterar a sua primeira decisão, tais como os ofícios que noticiaram o fato de o agravante não mais entregar leite nas empresas, como anteriormente fazia. Assim ocorrendo, inequívoca a correção da decisão que fixa os alimentos tendo como parâmetro o salário mínimo, por não ser mais possível o desconto da pensão através das empresas que recebiam o produto oferecido pelo recorrente, além do fato de que não conseguiu o recorrente comprovar, de maneira satisfatória, que a agravada deles não necessita.

A meu sentir, a nova fixação perpetrada pela MM.ª Juíza *a qua*, mostra-se mais consentânea com as necessidades e possibilidades das partes. A propósito:

> Os alimentos provisórios como são arbitrados, sem que a decisão envolva uma cognição completa, pois são baseados em pedido feito de forma unilateral pela parte interessada, podem, a qualquer tempo, ser revistos, suspensos ou extintos, *desde que para os autos venham outros elementos de convencimento* (*RJTJRS*, 185/259) (destaquei).

Por esse motivo, ausente qualquer motivo que me convença do desacerto da r. decisão recorrida, *nego provimento ao agravo*, para manter a verba alimentar no patamar ali fixado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTIMAÇÃO - OCORRÊNCIA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - *PARQUET* - ATUAÇÃO COMO FISCAL DA LEI - SUPRIMENTO DE OMISSÕES DE PROCURADORES DOS ENTES PÚBLICOS - IMPOSSIBILIDADE - INTERESSE PÚBLICO - INTERVENÇÃO DO MP - AFERIÇÃO PELO JUDICIÁRIO

- A nulidade do processo expropriatório por ausência de intimação do Ministério Público só deve ser declarada quando faltar efetivamente a intimação.

- Cabe ao Ministério Público preocupar-se com a correta aplicação da lei, não lhe sendo permitido, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público e muito menos suprir as omissões dos procuradores de tais entidades.

- A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do MP, em ações de natureza expropriatória, pode ser objeto de controle pelo Judiciário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.931-3/00 - Comarca de Congonhas - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação de desapropriação - Ausência de intimação do Ministério Público - Nulidade afastada - Sentença mantida. - A nulidade do processo expropriatório por ausência de intimação do Ministério Público só deve ser declarada quando faltar efetivamente a intimação. A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do MP em ações de natureza expropriatória, pode ser objeto de controle pelo Judiciário.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Trata-se de apelação interposta contra r. sentença, fls. 119/120-TJ, que, nos autos da ação de desapropriação ajuizada pelo Município de Congonhas contra o espólio de Fernando Matos Seabra Eiras, homologou o acordo extrajudicial celebrado pelas partes, extinguindo-se o feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC.

Registro que, apesar do setor de autuação deste Tribunal mencionar a eventual interposição de apelação também pelo Município de Congonhas, esta não se consumou, pois ausentes as razões recursais do Município. As intervenções de fls. 136 e 137 são meras manifestações sem conteúdo apelatório.

Recorreu apenas o Ministério Público do Estado de Minas Gerais - PJ, 2-v., Comarca de Congonhas, fls. 130/134, sob alegação preliminar de nulidade do feito por ausência de sua intimação para acompanhar todos os atos do processo, na qualidade de *custos legis*. Nesse sentido, afirma a necessidade de sua intimação para acompanhar a prova pericial determinada no despacho inicial, com indicação de assistente técnico e formulação de quesitos, o que não ocorreu.

Reitera que há interesse público relevante nas desapropriações a justificar a atuação do *Parquet*, apesar de haver opiniões divergentes. Aduz, ainda, que, se tivessem sido observadas as disposições do art. 83, I, e art. 84 do CPC, teria apontado com "subsídios técnicos" a discrepância observada entre os valores encontrados pela Comissão criada pelo Poder Executivo de Congonhas e pelo perito oficial.

Conheço do recurso interposto pelo Ministério Público, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não procede a alegação de nulidade do feito por ausência de intimação do Ministério Público, pois esta só prevaleceria se o *Parquet* não tivesse sido, em nenhum momento, intimado, e não foi isto o que ocorreu nos autos. Infere-se da decisão de fl. 113 e da manifestação de fls. 117/118 que a intimação foi determinada e a intervenção consumada. Irrelevante se a intimação não foi determinada antes da realização daquela que o apelante denominou de "prova pericial", pois vê-se, da decisão de fl. 22, tratar-se de simples avaliação prévia, autorizada pelo art. 14 do Decreto-lei 3.365/41, com o objetivo de se fixar o depósito a ser efetivado antes da possível imissão na posse. Não se cuida de prova pericial propriamente dita, cujo momento de realização será aquele iniciado no art. 19 do mesmo decreto-lei.

Por isso, tenho ainda que não procede a alegação da imprescindibilidade da intimação do MP para acompanhar aquela "prova pericial", pois, além de não prevista em lei, necessário aqui o registro de que a participação do apelante em processos desta natureza se dá apenas como *custos legis*, e não como parte ou substituto processual.

Ademais, observo encontrar-se a Fazenda Pública devidamente representada por seu procurador, o que afasta a necessidade do representante do Ministério Público velar por seus eventuais interesses, na forma pretendida. A propósito:

> Não cabe ao MP, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público, mas pela correta aplicação da lei e muito menos suprir as omissões dos procuradores de tais entidades. A CF, em seu art. 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membro do *Parquet* (STJ-*RT*, 671/210).

Com relação à argüição da existência de relevante interesse público nas desapropriações, a justificar a atuação do *Parquet*, tenho que concluiu com acerto o d. Magistrado *a quo*, quando afirmou não ser obrigatória tal intervenção, pois, além de ser este o teor da Recomendação nº 01/2001 do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais, pode o julgador analisar, no caso concreto, se há ou não o referido interesse. A propósito:

> A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do MP pode ser objeto de controle pelo Judiciário (*RSTJ*, 57/195).

Diante desta conclusão, sem qualquer relevância a alegação do apelante de que, se tivessem sido observadas as disposições do art. 83, I, e art. 84 do CPC, teria apontado com "subsídios técnicos" a discrepância observada entre os valores encontrados pela Comissão criada pelo Poder Executivo de Congonhas e pelo perito oficial, pois, na verdade, a determinação da intimação do Ministério Público foi observada, não havendo qualquer nulidade no feito, devendo permanecer ainda a decisão homologatória do acordo, pois que atendidas as formalidades legais.

Pelo exposto, após afastar a preliminar suscitada, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

FALÊNCIA - REMUNERAÇÃO DE SÍNDICO - ARBITRAMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MASSA FALIDA - ILEGITIMIDADE ATIVA

- A massa falida não possui legitimidade para interpor recurso de agravo contra despacho que arbitra remuneração de síndico, eis que, a teor do art. 67, § 5º, do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), são legitimados para tal, além do próprio síndico, os credores ou o falido, estando incluído nesse rol o Ministério Público, por entendimento jurisprudencial.

AGRAVO Nº 344.547-5/00 - Comarca de Paracatu - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Falência - Remuneração de síndico - Recurso - Ilegitimidade ativa - Não-conhecimento. - São legitimados, a teor do art. 67, § 5º, da Lei de Falências, a interpor agravo de instrumento do despacho que arbitrar a remuneração do síndico, além do próprio síndico, os credores ou falido e o Ministério Público, este último acrescentado pela jurisprudência. Não consta entre os legitimados a própria massa. Agravo não-conhecido.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2004. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Massa Falida de Pam Destilaria S.A. por se insurgir contra a decisão do douto Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Paracatu, que, em ação falimentar, arbitrou a remuneração do síndico em 2% (dois por cento) sobre o valor arrecadado, com fulcro no art. 67 do Decreto-lei 7.661/45.

A agravante pede a reforma do *decisum*, sustentando, em síntese, ser necessário

> majorar a remuneração do síndico, vez que terá de retirar dela (da sua remuneração) o valor a ser pago dos honorários de advogado contratado pela massa falida.

Pede seja fixada a remuneração do síndico em 6% sobre todo o produto dos bens ou valores da massa.

Agravo sem contraminuta, porque, no caso, inexistente a figura do agravado.

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

Este o caso, no essencial.

Preliminarmente ao exame de mérito, tenho que são legitimados, a teor do art. 67, § 5º, da Lei de Falências, a interpor agravo do despacho que arbitrar a remuneração do síndico, além do próprio síndico,

os credores ou falido e o Ministério Público, este último acrescentado pela jurisprudência. Não consta entre os legitimados a própria massa.

No presente caso, o recurso foi interposto pela massa, sem legitimidade para tanto.

Nessas condições e à luz desses fundamentos, não conheço do recurso.

Custas, pela agravada.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

FALÊNCIA - CRÉDITO TRABALHISTA - CERTIDÃO - COISA JULGADA - JUROS - INCIDÊNCIA - SUSPENSÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 26 DA LEI DE FALÊNCIAS - REPRESENTAÇÃO DO SÍNDICO POR ADVOGADO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 61 DO DEC.-LEI Nº 7.661/45

- Se o síndico se encontra presente em todos os atos processuais, sendo apenas representado por advogado devidamente constituído conforme procuração nos autos, resta obedecido o art. 61 do Dec.-lei nº 7.661/45, e não há falar em ilegitimidade processual.

- A certidão de crédito trabalhista resulta de decisão judicial transitada em julgado e deve ser observada na íntegra no juízo falimentar. Assim, os juros ali estipulados não podem mais ser revistos na Justiça comum, sob pena de afronta à *res judicata*.

- Tratando-se de falência, a data-limite da incidência dos juros é a do trânsito em julgado do acórdão que confirmou a quebra, ficando suspensos após essa data até a confirmação de que o ativo apurado seja suficiente para o pagamento do principal, nos termos do art. 26 do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 352.443-6/00 - Comarca de Vazante - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A certidão de crédito trabalhista resulta de decisão judicial transitada em julgado e, por isso, deve ser observada no juízo falimentar, em atendimento à *res judicata*.

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 PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO E CORRIGIR DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela Massa Falida Masa Mineração Areiense S.A. em face da r. sentença de fls. 20/21-TJ, que, nos autos da habilitação de crédito apresentada por João Batista Silva, julgou procedente o pedido da exordial.

Em razões de apelação, argúi o apelante que contra a massa falida somente incidem juros de 0,5% ao mês sobre o valor do principal até a decretação da quebra, requerendo a reforma do *decisum*.

Há contra-razões, fls. 32/38-TJ.

Em contra-razões, preliminarmente, o apelado alegou preclusão processual, uma vez que o síndico concordou com o pedido do mesmo, requerendo, portanto, a condenação do apelante nas custas processuais e honorários de sucumbência.

Frisou, ainda, ilegitimidade processual da massa falida, haja vista estar representada por terceiro, ou seja, pessoa diversa do síndico, afrontando o preceituado no dispositivo 61 da Lei de Falências. Por isso, o processo está eivado de nulidade, sendo necessária a declaração da nulidade dos atos processuais desde a petição de fl. 12 até a interposição do presente apelo.

No mérito, aduziu a legalidade da incidência da correção monetária e dos juros ao crédito do apelado.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A preliminar de preclusão processual alegada em contra-razões não deve prosperar. O síndico e o Ministério Público aquiesceram apenas quanto ao crédito habilitado, não concordando com a fluência de juros após a decretação da falência. Portanto, impugnaram parcialmente o crédito trabalhista, não vislumbrando o instituto da preclusão.

Rejeito a preliminar.

Quanto à segunda preliminar alegada em contra-razões, esta também não possui fundamento.

Ora, a função do síndico é indelegável, ou seja, este deverá desempenhar pessoalmente suas funções, não podendo transferir a outrem os encargos que a lei lhe atribuir, inteligência do artigo 61 da Lei de Falências. Ainda mais se, para intervenção do síndico nos processos em que a massa for parte, necessitar da presença de um advogado, este deverá nomear um de sua confiança e submetê-lo à aprovação do juiz.

No entanto, razão não assiste ao apelante, haja vista que o síndico, Banco do Brasil S.A., encontra-se presente em todos os atos processuais, sendo apenas representado por advogado devidamente constituído, conforme procuração de fl. 13 e em consonância com o preceituado no dispositivo acima citado.

Rejeito a segunda preliminar de ilegitimidade processual.

São as preliminares. Passo à análise do mérito.

No tocante aos juros, a sentença, em sua parte dispositiva, possui um erro material ao estipular a incidência dos juros no processo de falência, conforme se denota abaixo:

> Assinalamos que os efeitos da falência, inclusive quanto à fluência de juros, devem se verificar a partir da data do acórdão que confirmou a quebra, ou seja, 26.08.99.

Destarte, os juros devem incidir apenas até o trânsito em julgado do acórdão que confirmou a falência, sendo suspenso após essa data. Os credores possuem direito de receber os juros após essa data, mas estes ficam suspensos até a confirmação de que o ativo apurado é suficiente para o pagamento do principal, inteligência do artigo 26 da Lei de Falências.

A alegação de que contra a massa apenas correm juros de 0,5%, esta não possui razão de ser. Os juros foram estipulados por decisão judicial proferida na Justiça do Trabalho com trânsito em julgado, não cabendo à Justiça comum analisar a questão. O inconformismo deveria ter sido discutido na Justiça obreira, não podendo mais ser revisto, uma vez que se trata de coisa julgada.

Então, o percentual estabelecido para incidência dos juros deve ser aquele estabelecido na Justiça do Trabalho, não permitindo qualquer intromissão deste Tribunal. A certidão de crédito trabalhista deve ser observada em sua integralidade no juízo falimentar, em atendimento à *res judicata*.

Devemos apenas estabelecer qual será a data limite da incidência dos juros, por se tratar de massa falida. Assim, conforme anteriormente decidido, os juros serão o percentual estabelecido na Justiça Obreira, devendo ter incidência até a data do trânsito em julgado do acórdão que confirmou a falência.

No que alude aos juros, escorreito o entendimento disciplinado pelos julgados abaixo carreados, vejamos:

> Ementa: Falência. Crédito trabalhista. Habilitação. Correção monetária. Juros. Incidência. - Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, 'o cômputo da correção monetária, na habilitação de crédito, não se condiciona à suficiência de ativo da massa. Inaplicação da regra inserta no art. 26 da Lei de Falência' (REsp 72.706-SP). Não cabe ao juízo falimentar ignorar a coisa julgada material produzida na Justiça do Trabalho, lembrando que os juros moratórios estarão sempre condicionados à observância do comando do art. 26 da Lei de Falências, que prevê a suspensão dos mesmos, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Apelo improvido (Apelação Cível nº 1.0000.00.275908-2/000(1), Relator Des. Célio César Paduani, TJMG, Sexta Câmara Cível).

> Ementa: Falência - Habilitação de crédito trabalhista - Correção monetária - Incidência.
>
> - I. Consolidado o entendimento segundo o qual a Lei nº 6.899/81 é de caráter geral e de amplo alcance de incidência, portanto, compatível com a hipótese de habilitação de crédito em falência.
>
> - II. A jurisprudência do STJ está orientada no sentido de estender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, tocante àqueles resultantes de decisão judicial, com a edição da Lei nº 6.899/81. Essa matéria, sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária, não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação a que faz jus o jurisdicionado.

- III. Recurso conhecido e provido (STJ - REsp 6.786/RS - *DJ* de 06.05.1991 - p. 05665 - Relator Min. Waldemar Zveiter - j. em 05.03.1991 - 3ª Turma).

Ementa: Falência - Habilitação - Crédito trabalhista - Sentença - Trânsito em julgado - Certidão exarada pela Justiça do Trabalho - Valor - Impugnação - Juízo falimentar - Impossibilidade. - O crédito trabalhista decorrente de decisão emanada da Justiça do Trabalho, com sentença transitada em julgado, não pode ser questionado pelo juízo falimentar, a pretexto de violação ao art. 26 da Lei de Falências. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Apelação Cível nº 211.133-4 - j. em 18 de outubro de 2001 - Relator Desembargador Kildare Carvalho).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e determino a incidência de juros até o trânsito em julgado do acórdão que confirmou a sentença declaratória de falência.

O Sr. Des. Almeida Melo - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Massa Falida de Mineração Areiense em face da sentença, fls. 20/21-TJ, que, em ação de habilitação, julgou procedente o pedido de habilitação de crédito formulado por João Batista da Silva, reconhecendo a seu favor o crédito de R$8.758,23 (oito mil, setecentos e cinqüenta e oito reais e vinte e três centavos), (principal no valor de R$6.921,00, incidindo correção monetária e juros de 1% ao mês, até a decretação da quebra). Determinou que as custas fossem arcadas pela massa falida e deixou de fixar honorários.

Alega a apelante que contra a massa falida só correm juros de 0,5% ao mês sobre o valor principal até a decretação da quebra. Requer a condenação do apelado em custas e honorários advocatícios.

O apelado, em contra-razões de fls. 31/38-TJ, alega preclusão processual com relação à impugnação do valor do crédito ante a manifestação de fl. 08-TJ, em que há o reconhecimento do débito; aduz a ilegitimidade processual do "preposto do síndico" e finalmente que a incidência de juros e correção monetária ao crédito trabalhista tem base legal e deve ser suportado pela apelante. Requer a condenação da apelante nas custas processuais e honorários advocatícios.

Quanto à ilegitimidade argüida pelo apelado, registro que, quando o síndico é pessoa jurídica, a outorga de mandato é viável desde que realizada pelo representante competente para tal. No presente caso, tem-se, à fl. 13-TJ, o instrumento de mandato em que o Banco do Brasil S.A., síndico, representado por seu preposto e representando a massa falida, constitui procurador para representá-lo em juízo. O art. 61 da Lei de Falências prevê que "a função do síndico é indelegável, podendo ele, entretanto, constituir advogado quando exigida a intervenção deste em juízo".

Rejeito a preliminar de ilegitimidade processual.

Quanto ao mérito, a presente habilitação se funda em sentença trabalhista transitada em julgado. Tal sentença, conforme certidão de fl. 06-TJ, condenou a Mineração Areiense ao pagamento de R$6.921,00 (seis mil, novecentos e vinte e um reais), valor principal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de crédito trabalhista, incidem juros moratórios de 1% ao mês:

> Créditos trabalhistas - Juros singelos - Principal corrigido. - A incidência dos juros de mora de 1º ao mês, na forma estabelecida pelo Dec.-lei nº 2.322/87, é pacífica nesta Corte. Recurso improvido (REsp 16.862/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, STJ).

Portanto, os juros moratórios fixados na sentença não são exorbitantes, estando a planilha de cálculo apresentada pelo apelado à fl. 04-TJ em total obediência às normas pertinentes.

Quanto à condenação do apelante nas custas processuais e honorários, pleiteados em sede de contra-razão, tem-se que a massa falida não se sujeita ao pagamento de custas a advogados do falido e dos credores, conforme perceitua o art. 208, § 2º, da Lei de Falências.

Nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO E CORRIGIRAM DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

MULTAS TRIBUTÁRIAS - DEVEDOR FALIDO - COBRANÇA - EXECUÇÃO FISCAL - RESTRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 23, III, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 - FENÔMENO DIVERSO DA VEDADA CONCESSÃO DE ISENÇÕES HETERÔNOMAS

- Segundo interpretação lógica do inciso III do parágrafo único do art. 23 do Dec.-lei nº 7.661/45, a restrição à cobrança de multas tributárias não se aplica apenas aos créditos habilitados, mas atinge igualmente àqueles cobrados pela via da execução fiscal e, sendo tal restrição aplicável às penalidades pecuniárias (multas), difere da isenção, fenômeno atinente à obrigação de pagar tributos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 352.690-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Tributário/falência - Multas tributárias - Devedor falido - Restrição à cobrança por meio de execução fiscal - Fenômeno diverso da vedada concessão de isenções heterônomas. - A interpretação lógica do disposto no art. 23, parágrafo único, inc. III, da Lei de Falências impõe a conclusão de que a restrição à cobrança de multas tributárias não se aplica apenas aos créditos habilitados, mas também àqueles cobrados por meio de execução fiscal. Tal restrição, aplicável às penalidades pecuniárias, não se confunde com a isenção, fenômeno atinente à obrigação de pagar tributos.

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, 30 de outubro de 2003. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte apela da r. sentença de fls. 39/43 que julgou procedentes os embargos oferecidos por Massa Falida de Cia. Industrial Belo Horizonte, por considerar ilegítima a cobrança, por meio de execução fiscal, de multas tributárias impostas a contribuintes em situação de quebra.

Sustenta que a restrição imposta pelo art. 23, parágrafo único, inc. III, do Dec.-lei nº 7.661/45 somente seria aplicável aos créditos tributários habilitados no processo de falência, não alcançando aqueles objeto de execuções fiscais. Alega que o referido dispositivo legal viola o disposto no art. 151, inc. III, da CF/88, que veda à União a instituição de isenções referentes a tributos de competência alheia. Bate-se pela possibilidade de incidência de juros e correção monetária sobre os débitos cobrados dos falidos, bem como pela legitimidade da multa aplicada à apelada.

Contra-razões às fls. 53/57.

A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço da apelação, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A meu sentir, a decisão recorrida colocou a questão em seus devidos termos.

O art. 23, parágrafo único, inc. III, da Lei de Falências estabelece que *não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas*. Entre estas, o STF de há muito pacificou o entendimento de que se incluem as multas por infrações às obrigações tributárias (nesse sentido, confiram-se as Súmulas nºs 192 e 595 - fls. 02, *in fine*), espécie a que pertence aquela objeto da execução embargada (CDA de fls. 03 e 03-v. dos autos apensos).

A questão reside em saber se tal restrição se aplica apenas aos créditos habilitados no processo de falência - tese defendida pela Fazenda-apelante - ou, também, àqueles cobrados por meio de execução fiscal, argumentação acolhida pela decisão recorrida.

A interpretação gramatical do mencionado dispositivo, que se refere expressamente à impossibilidade de se reclamarem certos créditos *na falência*, levaria à conclusão pela argumentação constante do recurso de apelação. Mas essa interpretação deve ceder ante a lógica do sistema, que aponta para uma incongruência entre tal conclusão e o próprio espírito que informou a restrição em apreço: evitar que os credores sejam afetados pelas penas pecuniárias impostas em razão de atos ilícitos praticados pelos administradores do contribuinte falido.

Os créditos tributários lançados contra contribuintes em situação de quebra podem ser cobrados tanto por meio de habilitação no processo de falência, como pela via executiva. É o que se extrai do disposto no art. 187 do CTN, *in verbis*: "*A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata ou inventário*". É dizer: a Fazenda Pública-credora poderá optar por habilitar o crédito no juízo da falência ou cobrá-lo por meio de execução fiscal. A se entender, então, que a restrição à cobrança de multas se aplicaria apenas na primeira hipótese, bastaria a opção pela segunda para que o dispositivo impeditivo se esvaziasse de sentido, o que, a meu sentir, repele a lógica do sistema. A fruição do benefício, cujos destinatários são os credores, repita-se, não pode ficar ao talante da opção da Fazenda Pública por uma das vias de satisfação de seu crédito.

Não procede, além disso, a alegação de que o dispositivo da lei falimentar violaria a regra do art. 151, inc. III, da CF/88, que impede a instituição de isenções heterônomas. A lei falimentar restringe a cobrança de multas (penalidades pecuniárias), nada dispondo acerca da obrigação de pagar tributos, âmbito de atuação dos fenômenos isencionais.

Por fim, é de se afirmar que a argumentação *supra* prejudica a análise de todas as outras questões suscitadas na peça recursal, todas elas dependentes do acolhimento da tese principal - aquela que diz respeito ao âmbito de aplicação do art. 23, parágrafo único, da Lei de Falências.

Ante tais considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-::::-

PENHORA - VEÍCULO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CONSTRIÇÃO EFETUADA SOBRE DIREITOS DECORRENTES DO CONTRATO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 655, X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- O comparecimento espontâneo do executado supre a nulidade da citação.

- É impossível efetuar-se a penhora sobre bem alienado fiduciariamente, já que ele não integra o patrimônio do devedor. Entretanto, em decorrência do entendimento do inciso X do art. 655 do CPC, nada impede a constrição dos direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato.

AGRAVO Nº 332.092-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Penhora - Veículo - Alienação fiduciária - Constrição efetuada sobre direitos decorrentes do contrato - Possibilidade - Aplicação do art. 655, X, do CPC. - Ainda que o bem alienado fiduciariamente, efetivamente, não integre o patrimônio do devedor, inexiste óbice à constrição dos direitos do devedor fiduciante decorrentes do contrato.

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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2004. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais avia agravo de instrumento contra decisão de fls. 23-v. que, nos autos da execução fiscal por ela movida contra CLL Participações Ltda., indeferiu o pedido de penhora formulado, sob o fundamento de que o veículo alienado fiduciariamente não poderia ser objeto da constrição por não integrar o patrimônio do sócio.

Irresignada, pugna pela integral reforma do julgado, aduzindo em síntese: a) houve requerimento de penhora, não do veículo alienado fiduciariamente, mas sim dos direitos que o devedor tenha ou venha a ter sobre o automóvel; b) embora o possuidor do veículo alienado fiduciariamente detenha o automóvel na qualidade de depositário, tem ele direitos decorrentes da celebração do contrato, nos termos do art. 1.361, § 3º, do novo Código Civil; c) mesmo no caso de inadimplemento da obrigação por parte do devedor, tem ele direito ao saldo, se houver, do produto da venda do bem por parte do credor fiduciário, nos termos do art. 1.364 do Código Civil.

Conheço do recurso.

A meu ver, procedem as razões recursais.

No tocante à preliminar aduzida pelos agravados, a meu sentir, esta não merece guarida, haja vista que, conforme salientou o d. Juízo monocrático (fl.82), a nulidade da citação restou sanada pelo comparecimento espontâneo dos executados.

Rejeito-a, portanto.

Registra-se de início, inexistir dúvida no tocante à impossibilidade de se efetuar penhora sobre bem alienado fiduciariamente, considerando o fato de não integrar o patrimônio do devedor.

Entretanto, no caso em tela, conforme se depreende dos autos (fls. 22), a agravante requereu fosse determinada a penhora sobre os direitos relativos à compra do automóvel GM Astra GL, ano 2000, placa GSZ-9573, com alienação fiduciária, ao Banco BMG S.A., respeitando o direito de preferência do credor fiduciário.

Com efeito, a meu juízo, razoável se revela o pedido da ora recorrente, na medida em que aludidos direitos somente serão adquiridos caso ocorra o pagamento da dívida, que, se efetuado de forma integral, acarretará a transferência do domínio do veículo para o devedor fiduciante, e em sendo parcial, terá o devedor direitos referentes ao saldo.

Aliás, o art. 655 do Código de Processo Civil elenca, no inciso X, os direitos, como sendo bens passíveis de penhora, não havendo óbice legal, portanto, à penhora da forma requerida pela recorrente.

Nesse sentido, vale a transcrição do REsp nº 260.880, assim ementado:

> Processual civil. Locação. Penhora. Direitos contratos de alienação fiduciária.- O bem aliendado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos. (Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 12.02.2001).

Ainda, consolidando o entendimento acima exposto, é a lição de THEOTONIO NEGRÃO, ao comentar o art. 649 do CPC:

> Art. 649: 13 (...) Nada impede, porém, que sejam penhorados os direitos do adquirente fiduciário, em execução contra este (*RT*, 508/63, *Lex - JTA*, 154/66, *RJ*, 253/93), caso de arresto (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 34ª ed., 705).

Pelo exposto, dou provimento ao agravo para efeito de autorizar a penhora pretendida.

Custas, pelos agravados.

O Sr. Des. Maciel Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-::::-

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LITISCONSÓRCIO - PRAZO EM DOBRO - AGRAVO - ART. 526 DO CPC - DESCUMPRIMENTO - PROVA - AUSÊNCIA - POSSE ANTERIOR NÃO PROVADA - LIMINAR - FALTA DE REQUISITOS - REVOGAÇÃO - POSSIBILIDADE

- A existência de litisconsórcio passivo enseja a dobra do prazo para contestar ou recorrer, cabendo a aplicação da regra do art. 191 do CPC, mesmo quando apenas um dos litisconsortes recorra de decisão interlocutória que concede liminar em ação possessória.

- Ao agravado não basta alegar o descumprimento da diligência determinada no art. 526 do CPC. Deve também provar a omissão do agravante, nos exatos termos do parágrafo único da mesma norma legal. Ausente a prova, rejeita-se a alegação.

- Tratando-se de ação de reintegração de posse, para ser outorgada a proteção *recuperandae*, ainda que em caráter liminar, mister se faz que o demandante prove sua posse anterior, a perda de forma injusta e a arbitrária posse atual do demandado. Logo, se a documentação trazida aos autos não comprova a existência de posse anterior, falta o primeiro requisito, o que torna insustentável a liminar eventualmente concedida.

AGRAVO Nº 345.038-4/00 - Comarca de Entre-Rios de Minas - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação de reintegração de posse - Litisconsórcio - Prazo em dobro - Recurso tempestivo - Art. 526 do CPC - Descumprimento - Ausência de prova - Liminar - Falta de requisitos - Revogação - Recurso provido. - 1. A existência de litisconsórcio passivo enseja a dobra do prazo para contestar ou recorrer mesmo quando apenas um dos litisconsortes compareça com advogado exclusivo. - 2. Manejado o recurso contra decisão interlocutória que concede liminar em ação possessória somente por um dos litisconsortes, com advogado exclusivo, deve ser aplicada a regra do art. 191 do CPC, o que torna tempestivo o agravo. - 3. Não basta o agravado alegar o descumprimento da diligência determinada no art. 526 do CPC. Deve também provar a omissão do agravante, nos exatos termos do parágrafo único da mesma norma legal. Ausente a prova, rejeita-se a alegação. - 4. A liminar, em ação de reintegração de posse, pressupõe a existência de posse anterior pela parte ativa e seu injusto perdimento para o réu há menos de ano e dia. - 5. Ausente a prova de posse anterior, não pode prevalecer a liminar concedida. - 6. Agravo de instrumento conhecido e provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Henrique Ferreira Martins.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Henrique Ferreira Martins.

O Sr. Presidente (Des. Francisco Figueiredo) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 18.11.2003, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Caetano Levi Lopes.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Em juízo de admissibilidade verifico que o agravado, ao ofertar contraminuta, pugnou pelo não-conhecimento do recurso porque seria intempestivo além de não ter sido cumprida a diligência determinada no art. 526 do CPC.

Em relação à tempestividade, a certidão trasladada à fl. 100-TJ patenteia que a agravante foi pessoalmente intimada quanto à decisão agravada em 09.05.2003 e o mandado foi juntado na mesma data (carimbo constante de fl. 98-verso) e que foi uma sexta-feira. O prazo para recorrer, portanto, começou em 12.05.2003 e venceu em 21.05.2003. Conforme anotou o recorrido, o recurso foi postado em 22.05.2003. Entretanto, a ação foi proposta contra a agravante mas também em relação a Osvaldo Gontijo Cançado e Elizabete Heloísa Godinho, vale dizer, existe litisconsórcio passivo. A procuração de fl. 11 foi outorgada somente pela recorrente. Assim, não se sabe se os réus têm ou não procuradores diferentes, e, como o recurso foi manejado antes do vencimento do prazo para contestar, o prazo deve ser contado em dobro consoante orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> A regra contida no art. 191 do CPC, que confere prazo dobrado para contestar quando os réus atuem com procuradores diversos, tem aplicação independentemente do comparecimento do outro litisconsorte à lide, bastando que apresente a sua defesa, separadamente, mediante advogado exclusivo, sob pena de se suprimir, de antemão, o direito adjetivo conferido à parte que, atuando individualmente, não tem como saber se o co-réu irá ou não impugnar o feito. (Ac. no REsp 245.689 - PR, 4ª Turma, Relator Min. Aldir Passarinho, j. em 18.10.2001, *in* THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269).

É claro que idêntico raciocínio tem pertinência no caso de recurso.

Portanto, levando em conta a dobra de prazo, o recurso é tempestivo.

No que tange à falta de cumprimento do disposto no art. 526 do CPC, dispõe o parágrafo único da referida norma legal que o agravado deve argüir e provar a circunstância.

Aqui, o recorrido limitou-se em alegar descumprimento, mas não se dignou efetuar a prova exigida na lei. Assim, caiu no vazio a alegação.

Em síntese, o agravado não tem razão em sua preliminar, a qual rejeito e conheço do recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A agravante insurge-se contra a r. decisão trasladada à fl. 96-TJ e que deferiu liminar de reintegração de posse.

O agravado está movendo ação de reintegração de posse contra a agravante e também contra Oswaldo Gontijo Cançado e Elizabete Gontijo Cançado porque eles teriam esbulhado uma faixa de terras junto à margem da Rodovia BR 383. A recorrente afirma que o recorrido nunca teve posse sobre o mencionado imóvel e nega o vício.

Observo que o processo originário foi integralmente trasladado. Destaco o laudo de vistoria de fls. 75/76-TJ elaborado pelo Instituto de Criminalística. Os subscritores informaram que constataram a existência de cerca de arame recente. Destaco, ainda, os depoimentos das testemunhas Perílio Pacheco dos Reis (fl. 78-TJ) e Francisco de Assis Carvalho (fl. 79-TJ), prestados perante a autoridade policial, e nos quais afirmam que o local em litígio é conhecido como terra de São Brás, ou seja, do agravado. Esses os fatos.

Quanto ao direito, a ação de reintegração de posse serve para a tutela em caso de esbulho, ou seja, a perda integral da posse, consoante noticia CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA nas *Instituições de Direito Civil*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. IV, p. 54:

> Aquele que é desapossado da coisa tem, para reavê-la e restaurar a posse perdida, a ação de reintegração de posse, que corresponde aos interditos *recuperandae possessionis*.

Mas, para ser outorgada a proteção *recuperandae*, ainda que em caráter liminar, mister se faz que o demandante prove sua posse anterior, a posse atual do demandado e a perda de forma injusta.

Ainda é o mesmo jurista quem prossegue informando acerca dos requisitos:

> São requisitos do interdito *recuperandae* a existência da posse e seu titular e o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito (violência, clandestinidade ou precariedade). Exclui-se da caracterização do esbulho a privação da coisa por justa causa.

No caso em exame, a documentação acostada à petição inicial não comprova a existência de posse anterior. Logo, faltou o primeiro requisito, o que torna insustentável a liminar concedida. A recorrente tem razão em seu inconformismo.

Com esses fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento e reformo a decisão agravada para indeferir a liminar.

Sem custas.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo com o Relator.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO, CASSANDO-SE A LIMINAR.

FALÊNCIA - ART. 1º DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL INÁBIL - INSTRUMENTO PARTICULAR - ASSINATURAS DE DUAS TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 585, II, DO CPC - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

- O pedido de falência com fulcro no art. 1º do Dec.-lei nº 7.661/45 deve ser instruído com título que legitime a ação executiva. Assim, o instrumento particular de confissão de dívida em que faltam as assinaturas de duas testemunhas não constitui título executivo extrajudicial hábil a amparar o pedido (art. 585, II,CPC), devendo o juiz, em tais casos, extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 354.300-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Comercial e Processual Civil - Falência - Título executivo - Instrumento particular - Necessidade de vir acompanhado da assinatura de duas testemunhas - Descumprimento - Carência de ação - Caracterização - Inteligência do art. 1º da Lei de Falências e art. 585, II, do CPC. - O pedido de falência com base na Lei de Regência deve vir acompanhado de um título que legitime a ação executiva. O "Instrumento Particular de Confissão de Divida" somente é considerado título extrajudicial se vier acompanhado da assinatura de duas testemunhas.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 90/94-TJ, que, em autos de pedido de falência requerido por Disport do Brasil Ltda. em face de Uai Esportes Ltda. (nova designação de Só Esportes e Colegial Ltda.), julgou extinto o processo, sem exame do mérito, diante da suposta carência de ação, por ausência de título executivo extrajudicial a embasar o pedido, o que motivou a irresignação do vencido, afirmando que a ausência de assinatura de duas testemunhas não torna o título ilegítimo para a falência, pelo fato de as firmas das partes estarem reconhecidas em cartório, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 104/117-TJ.

De início, constato que foram interpostos embargos de declaração às fls. 98/102-TJ, sendo os mesmos rejeitados, vindo, em conseqüência, a apelação de fls. 104/117-TJ, entendendo a digna Julgadora monocrática ter ocorrido a sua intempestividade, sob o fundamento de que os "*embargos de declaração não recebidos não produzem efeito algum*" (*litteris*, fls. 118-v.-TJ), decisão esta que foi reformada por este eg. Tribunal, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 317.029-7, de minha relatoria, cuja cópia de acórdão se encontra às fls. 133/139-TJ, motivo pelo qual *rejeito a prefacial argüida em contra-razões* no sentido da intempestividade do recurso, com o que, com conseqüência, dele conheço, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Quanto à carência de ação por ausência de título líquido e certo, este é o objeto da irresignação da autora, tendo em vista que o *decisum* monocrático extinguiu o feito, sem exame do mérito, por entender que o instrumento particular de confissão de dívida de fls. 18/20-TJ, utilizado pela recorrente para embasar seu pedido de falência, não é hábil para fazê-lo, pois carece da assinatura de duas testemunhas.

Passo, então, à análise desta matéria.

Decerto, não há dúvidas de que o pedido de falência foi fundamentado no art. 1º do Decreto-lei 7.661/45, que possui a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

O título executivo utilizado pela autora foi o "Instrumento Particular de Confissão e Novação de Dívida" de fls. 18/20-TJ, que, apesar de conter o reconhecimento da firma das partes e de seus avalistas, não contou com a assinatura de duas testemunhas, na forma exigida pelo art. 585, II, do CPC, que assim dispõe:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...)
>
> II - escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; *o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas*; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (grifou-se).

Ora, é por demais sabido que, para instruir uma execução, não basta a existência de um título qualquer, ainda que "aparentemente perfeito", mas que o mesmo contenha "força executiva".

Se o art. 1º da Lei de Falências exige um título executivo para instruir o pedido de quebra e se o título exibido pelo recorrente não se configura como tal, o processo deve ser extinto, sem exame do mérito, como fez a digna Magistrada de origem, por carência de ação.

A propósito, é do escólio do eminente processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR a seguinte lição:

> No art. 585, nº II, o 'documento público' e o 'documento particular' estão equiparados na força executiva. Mas, enquanto para o primeiro apenas se requer a autenticação do agente público, para o segundo exige-se mais a assinatura de duas testemunhas (*in Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, v. II, nº 746, p. 120).

Aliás, o colendo Superior Tribunal de Justiça tem decidido, de forma reiterada, que:

> Execução. Contrato de confissão de dívida. Ausência da assinatura de testemunhas. Precedentes. Súmula nº 83 da Corte.
>
> - 1. A jurisprudência da Corte está assentada no sentido de que a ausência da assinatura das testemunhas descaracteriza o contrato como título executivo, a teor do que dispõe o art. 585, II, do Código de Processo Civil.
>
> - 2. Recurso especial não conhecido (3ª T., REsp nº 332.926/RO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 28.5.02, *DJU* de 26.8.02).
>
> Cumpre ao credor instruir a execução com o título (CPC, art. 614-I). - 2. O documento particular é título executivo extrajudicial se subscrito por duas testemunhas (CPC, art. 585 - II) (REsp nº 11.543-RN, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* de 7.10.91).
>
> Civil/Processual. Contrato de financiamento. Falta que o desconsidera como título executivo. - Descaracteriza-se como título executivo o contrato de financiamento que não contém as assinaturas de duas testemunhas (REsp nº 3.831-AL, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU* de 8.3.91).

Em conclusão, correto está o *decisum* que extinguiu o pedido de falência, sem exame do mérito, pois a pretensão do autor não se fez acompanhada do título executivo exigido no art. 1º da Lei de Quebras.

Ressalto, por oportuno, que já tive a oportunidade de me manifestar sobre o assunto em tela, notadamente quando do julgamento da Apelação Cível nº 234.430-7, de minha relatoria, ocorrido em 21.5.97, quando ainda integrante da eg. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de nosso Estado, e que resultou na lavratura da seguinte ementa:

> Execução - Contrato de abertura de crédito em conta corrente (supercheque) - Ausência de subscrição por duas testemunhas - Título executivo extrajudicial não caracterizado - Nulidade decretada - Inteligência dos arts. 585, II, e 586, c/c 618, I, ambos do CPC. - Não se revestindo o contrato executado dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade, consistente na ausência de sua subscrição por duas testemunhas, a execução é nula.

Pelo exposto, rejeito a preliminar argüida em contra-razões e nego provimento à apelação interposta.

Custas recursais, pelo apelante.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COISA JULGADA - AUSÊNCIA DE PROVA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - IMPOSSIBILIDADE

- Verifica-se a coisa julgada material quando já existe para a lide sentença de mérito contra a qual não mais cabe recurso, o que torna imutável entre as partes a relação jurídica decidida.

- A extinção do processo em decorrência de coisa julgada somente pode ocorrer se houver identidade de demanda, se as partes forem as mesmas e desde que seja provada a existência de sentença de mérito não mais desafiável por recurso. Inexistindo tal prova, torna-se insustentável a prefacial de coisa julgada utilizada para extinção prematura do processo, devendo este prosseguir normalmente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.017345-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível - Ação declaratória - Coisa julgada - Ausência de prova - Prefacial rejeitada - Recurso provido. - 1. O instituto da coisa julgada material pressupõe sentença de mérito e contra a qual já não mais cabe recurso, o que torna imutável entre as partes a relação jurídica decidida. - 2. A extinção do processo em decorrência de coisa julgada somente pode ocorrer se for repetida a mesma demanda, entre as mesmas partes, e desde que haja comprovação no sentido de existir sentença de mérito não mais desafiável por recurso. - 3. Ausente a prova do derradeiro requisito, torna-se insustentável a prefacial de coisa julgada utilizada para extinção prematura do processo. - 4. Apelação cível conhecida e provida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Silvério Carvalho Nunes.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a sustentação oral produzida da tribuna, mas, antes de ler o meu voto, gostaria de observar que a sentença acolheu preliminar de coisa julgada, e, portanto, o julgamento do recurso cinge-se em examinar se a *res judicata* está ou não presente.

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelante aforou esta ação declaratória cumulada com divórcio contra a apelada. Aduziu ter sido casado com a recorrida e houve separação judicial consensual. Acrescentou que ela requereu a conversão em divórcio, mas o pedido foi rejeitado por falta de cumprimento de cláusula do acordo. Afirmou que, embora de modo diverso, o acordo foi adimplido. A apelada invocou *res iudicata*, preliminar acolhida na r. sentença de fls. 145/148.

Apesar da prolixidade da apelação, em verdade o exame cinge-se em verificar se ocorreu mesmo a coisa julgada.

Cumpre ressaltar que a *res iudicata* torna certa a relação jurídica decidida na sentença. Esta é a leitura que deve ser feita quanto ao art. 468 do CPC. Evidentemente, ela não se refere aos fatos. É lapidar a lição de PIERO CALAMANDREI exarada na obra *Estudios Sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Argentina: EJEA, 1973, v. III, p. 321:

> No seria, pues, exacto decir que el paso en cosa juzgada transforme el juicio de verossimilitud en juicio de verdad: el efecto de la cosa juzgada recae sobre las relaciones jurídicas, no sobre los hechos. Los hechos, aun después del fallo, continúan siendo lo que eran: pese al antíguo aforismo, aun después del paso en cosa juzgada, lo blanco sigue siendo blanco y el cuadrado no se hace redondo.

Ela faz emergir a imutabilidade da relação jurídica decidida, sendo inclusive uma exigência da ordem pública consoante lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES nas *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000, v. IV, p. 344:

> O encerramento do processo se opera em virtude de se tornar impossível, dentro dele, por força da preclusão, novo pronunciamento sobre o *meritum causae*. Isso significa diz Leibman: 'que a sentença não corre mais o perigo de ser impugnada, e, portanto, modificada ou anulada', podendo, assim, ser considerada 'inacatável e irrevogável'; e tornada imutável a sentença, 'imutáveis e indiscutíveis se tornam também seus efeitos, na medida e forma em que se possam torná-los em razão de sua natureza'.
>
> Nisso consiste, em suas linhas gerais, o fenômeno da *coisa julgada*. É ele a imutabilidade da *entrega da prestação jurisdicional* e seus efeitos, para que o imperativo jurídico contido na sentença tenha a força de lei entre as partes.
>
> Trata-se de uma exigência de ordem pública, para que a tutela das relações jurídicas não seja insegura, movediça e aleatória. A autoridade da coisa julgada tem, por isso, um fundamento de natureza política.

Entretanto, não existe nos autos qualquer prova de que tenha sido aforada anterior ação de divórcio, envolvendo as mesmas partes, nem a existência de sentença com trânsito em julgado.

É claro que a apelada deveria ter providenciado e acostado à contestação as certidões hábeis para provar a ocorrência da *res iudicata*. Deixando de fazê-lo, revela-se incorreta a precipitada conclusão adotada na sentença.

A irresignação tem pertinência e deve haver enfrentamento das demais questões debatidas pelas partes.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação para cassar a sentença apelada e determinar que o digno Julgador de primeiro grau prossiga no julgamento da lide.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a palavra do ilustre advogado. Acompanho o em. Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

CONSELHEIRO ADMINISTRATIVO - ENTIDADE FECHADA - MANDATO - DESTITUIÇÃO ANTES DO FINAL DO PRAZO - DESOBEDIÊNCIA AO ESTATUTO - AUSÊNCIA DE PROVA - ILEGALIDADE - ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES - REMUNERAÇÃO - OPÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - GRATIFICAÇÃO - VEDAÇÃO LEGAL

- Estando previamente fixado o prazo do mandato de conselheiro de administração de entidade fechada, é ilegal o ato que o destitui antes do final do prazo previsto no estatuto se não há elementos que demonstram desobediência à legislação respectiva e que possibilitem a destituição pretendida.

- Nos termos dos arts. 31 e 39, § 4º, da Lei nº 6.435/77, as entidades fechadas podem remunerar seus conselheiros desde que, na hipótese de acumulação de funções, o interessado opte por apenas uma das remunerações; se isso não ocorre, é indevido o recebimento da gratificação pretendida, em virtude de expressa vedação legal.

- V.v.p.: - Tratando-se de mandato de conselheiro de administração de entidade fechada, a fixação do limite temporal não constitui direito adquirido do designado para o cargo, servindo apenas para não torná-lo indefinido, havendo a hipótese de sua destituição e substituição por outro, conforme o interesse da patrocinadora designante. (*Des. Almeida Melo*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.96.047865-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Administrativo - Mandato - Conselheiro administrativo. - É ilegal o ato administrativo que destitui o conselheiro administrativo antes do término do prazo previamente previsto.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, a Drª Karina Kaua Barquet Braccini.

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso voluntário, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agostinho Rodrigues Júnior, fls. 252/254, contra sentença proferida em ação ordinária, fls. 240/245 e 250, que julgou improcedente a ação condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios e que fixou em 15% do valor da causa, *ex vi* do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, na proporção de 50% para cada um dos réus.

O MM. Juiz concluiu que a perda do mandato de membro do conselho de administração é ato vinculado, tendo em vista a disposição do art. 34 do Estatuto e Regulamento Básico da Previcaixa, que fixa em 4 anos o prazo do mandato; que o ato de destituição do autor como membro do conselho é ilegal, porém o pedido relativo à manutenção na função perdeu o objeto, porque o prazo do mandato expirou em julho de 1997; que o autor não faz jus à gratificação pretendida, uma vez que não fez a opção de percepção da remuneração e já auferiu, no período do mandato, salários mensais da Copasa.

Inconformado, apela o autor, sustentando que, com o deferimento da antecipação da tutela, houve o seu retorno ao mandato, completando o tempo, sendo necessária a sua convalidação em face do reconhecimento expresso de que a destituição foi ilegal; que não lhe foi dada a opção mencionada no parágrafo único do art. 31 da Lei 6.435/77. Insurge-se contra a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios ao argumento de que decaiu em parte mínima do pedido.

Contra-razões às fls. 260/266 e 268/271, pela confirmação da sentença.

O apelante ajuizou a presente ação visando ser reintegrado na função de conselheiro administrativo até o final do mandato, e ainda, ao recebimento das gratificações referentes ao exercício da referida função a contar da data do indevido afastamento.

O MM. Juiz, ao analisar o direito do apelante a ser mantido no cargo de conselheiro, concluiu que:

o ato de destituição é ilegal, porém, o pedido relativo à manutenção na função perdeu o objeto, porque o prazo do mandato expirou em julho de 1997.

Não procede, a meu ver, a afirmativa de que houve perda do objeto.

Isso porque, embora o prazo do mandato tenha expirado em julho de 1997, o apelante foi reintegrado no cargo em virtude da concessão da tutela antecipada deferida nos seguintes termos:

> suspendo o ato que afastou ou destituiu o autor do cargo de Conselheiro do Conselho de Administração da Previcaixa, determinando a sua imediata reintegração no mesmo cargo, com todos os direitos e prerrogativas, suspendendo-se, também, o ato que designou Lauro Santos Massote para o lugar do autor, fls. 15/16.

Desse modo, o efeito da decisão que examina o pedido de tutela antecipada é de natureza provisória, somente possuindo eficácia definitiva com a decisão de mérito. Assim, o fato de o apelante ter sido reintegrado no cargo e completado o mandato não implica perda do objeto, devendo a questão ser analisada nesta instância recursal.

Passo à análise do direito do apelante de completar o tempo do mandato no cargo de conselheiro.

Compulsando os autos, verifico que o ato de destituição do apelante do cargo de conselheiro administrativo é ilegal, como bem decidiu o d. Magistrado.

Vê-se que, em 08.07.93, o apelante foi indicado para ocupar o cargo de membro do Conselho de Administração da Previcaixa, fl. 10, cujo mandato tem previsão de duração de 4 anos, conforme disposto no art. 34 do Estatuto e Regulamento Básico da Previcaixa. Entretanto, em 26.04.96, fl. 12, o apelante foi informado de sua destituição, ocorrida em 24.01.96, portanto antes do período previsto para o fim do mandato, qual seja, julho de 1997.

Com efeito, estando previamente fixado o prazo do mandato, ilegal o ato da Previcaixa que, sem qualquer fundamentação, destituiu o apelante, violando o disposto no art. 34 do estatuto.

Ademais, não constam nos autos elementos que demonstrem que o apelante tenha faltado a duas reuniões ordinárias consecutivas, o que ensejaria a sua destituição nos termos do § 5º do art. 34 do estatuto.

Desse modo, ilegal o ato que destituiu o apelante do cargo, sendo certo o seu direito à reintegração.

Quanto ao direito à gratificação, sem razão o apelante.

Nos termos dos artigos 31 e 39, § 4º, da Lei 6.435/77, as entidades fechadas, tal como a Previcaixa, podem remunerar seus conselheiros desde que, na hipótese de acumulação de funções, seja feita a opção por apenas uma remuneração, o que *in casu* não ocorreu.

O documento de fl. 238 comprova que, no período do mandato, o apelante era empregado da Copasa, percebendo os respectivos salários, sendo, portanto, indevido o recebimento da gratificação pretendida em virtude de expressa vedação legal. Não há dúvida de que o principal efeito do recebimento dos salários pela Copasa é a impossibilidade de auferir, também, a gratificação.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação para julgar procedente o pedido do autor de permanecer na função de conselheiro até o termo final do mandato, mantendo a sentença quanto ao mais.

Custas, na proporção de 50% para a parte-autora e 25% para cada um dos réus.

O Sr. Des. Almeida Melo - Agostinho Rodrigues Júnior ajuizou "Ação de Procedimento Ordinário com Antecipação de Tutela" visando a sua "reintegração" no cargo de membro do Conselho de Administração da Previcaixa e ao recebimento das gratificações devidas.

Alega que foi destituído do cargo de membro do Conselho de Administração da Previcaixa de forma ilegal, visto que o Estatuto daquela instituição prevê que a duração do mandato será de 04 anos.

O Juiz julgou improcedente o pedido inicial sob o fundamento de que:

> o pedido relativo à manutenção na função perdeu o objeto, porque o prazo do mandato expirou em julho de 1997

e que:

> o autor não faz jus à gratificação pretendida, uma vez que não fez opção pela percepção da remuneração de membro do Conselho de Administração e já percebeu, no período de exercício do mandato, salários mensais pela Copasa, uma das patrocinadoras-instituidoras da Previcaixa (fl. 245-TJ).

Inconformado, o autor apresentou o presente recurso pedindo a reforma da sentença.

O art. 43 do Estatuto da Previcaixa estabelece que "o Conselho de Administração compor-se-á de representantes das patrocinadoras e dos participantes", dispondo em seu § 1º que "cada patrocinadora designará representantes com mandatos de 4 anos".

Por sua vez, o § 5º do referido artigo estabelece que:

> perderá o mandato o membro do Conselho de Administração que deixar de comparecer a 2 (duas) reuniões ordinárias consecutivas, sem motivo justificado, a critério do Conselho.

Pelo que se extrai dos dispositivos acima transcritos, o conselho é composto de representantes das patrocinadoras, as quais incumbe a designação de seus representantes junto ao conselho.

Entendo que razão assiste ao apelado quando afirma que a fixação do mandato com limite temporal não constitui direito adquirido do designado para o cargo, servindo apenas e tão-somente para não torná-lo indefinido, não excluindo a hipótese de sua destituição e substituição por outro, conforme o interesse da patrocinadora designante.

Com relação ao disposto no § 5º do art. 43, tem-se que o referido artigo diz respeito ao caso de destituição compulsória pelo conselho.

A interpretação dada pelo Juiz ao artigo, leva à conclusão de que somente na hipótese do § 5º é que o membro do conselho poderá ser destituído, não sendo possível a sua destituição no caso de não estar correspondendo às atribuições para as quais foi designado.

À fl. 15-TJ, o Juiz concedeu a antecipação de tutela, tendo o autor retornado ao cargo e, conforme por ele próprio afirmado em suas razões recursais, "cumpriu o restante do tempo que faltava para o término do seu mandato".

Desse modo, não há se determinar o seu retorno ao referido cargo, visto ter cumprido o tempo previsto no estatuto da instituição e não haver ilegalidade na destituição.

Com relação à gratificação pleiteada na inicial, infere-se que o autor recebeu a gratificação de julho de 1993 a abril de 1996, que foi suprimida de seus vencimentos em virtude de sua destituição, conforme ofício de fl. 12-TJ.

Porém, pelo que se infere dos autos, a gratificação estava sendo paga ao autor de forma irregular.

É que a Lei nº 6.435/77, em seu artigo 31, parágrafo único, estabelece que "no caso de acumulação de funções, a remuneração corresponderá apenas a uma delas, cabendo a opção".

O autor alega que não lhe foi dada a opção. O documento de fl. 238-TJ atesta que, durante o período em que o autor esteve no conselho, recebia como empregado da Copasa, que é uma das patrocinadoras-instituidoras da Previcaixa.

Assim, o autor não faz jus à gratificação pleiteada. Isso porque o ato que o destituiu do conselho não é ilegal. E, ainda que assim não fosse, a gratificação lhe estava sendo paga de forma irregular, em contrariedade à legislação.

Nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Se o conselho administrativo foi eleito para prazo certo, tenho para mim que não se reveste de legalidade a sua substituição antes de terminado esse prazo legal, razão pela qual acompanho V. Exa.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO ARROLADAS PELO AUTOR - POSSIBILIDADE - PROVA TESTEMUNHAL - VALIDADE - PATERNIDADE COMPROVADA

- Na investigatória de paternidade, por se tratar de direito indisponível, pode o juiz, de ofício, ouvir testemunhas não arroladas pelas partes.

- Admite-se prova indireta nas investigatórias de paternidade, em virtude da dificuldade em se comprovar o relacionamento íntimo ocorrido entre a mãe do investigante e o investigado, merecendo maior atenção o depoimento pessoal daquela, desde que coerente e condizente com as demais provas e indícios apresentados no processo.

- Há que se reconhecer a paternidade se existem nos autos provas suficientes de que, em período coincidente com a concepção, a mãe do investigante manteve, exclusivamente com o investigado, relacionamento íntimo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 317.149-3/00 - Comarca de Brasília de Minas - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Investigatória de paternidade - Oitiva de testemunhas não arroladas pelo autor - Possibilidade - Prova testemunhal - Validade - Paternidade comprovada. - 1. Na investigatória de paternidade, por se tratar de direito indisponível, pode o Juiz , de ofício, ouvir testemunhas não arroladas pelas partes. - 2. Há que se reconhecer a paternidade se existem nos autos provas suficientes de que, em período coincidente com a concepção, a mãe do investigante manteve, exclusivamente com o investigado, relacionamento íntimo.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2003. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço do recurso.

Trata-se de procedente ação de investigação de paternidade c/c alimentos ajuizada por D.M.S., representada pela mãe, contra L.M.S.

Inconformado com a decisão que reconheceu a paternidade e fixou alimentos à ordem de 25% do salário-mínimo, apela o réu, batendo-se pela cassação da sentença, vez que teria sido prejudicado pela oitiva de testemunha não arrolada pela autora.

Como bem acentuou o Procurador de Justiça, "a ação versa sobre direito indisponível e o juiz pode, de ofício, ouvir testemunhas".

Nesse sentido:

> Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocutural entre as partes (*RSTJ*, 84/250, *STJ-RT*, 729/155 e *STJ-RF*, 336/256, in THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Comentários ao Art. 130, p. 225)

Não há cassar, pois, a sentença guerreada.

Quanto ao mérito, vale lembrar que, nas investigatórias de paternidade, em virtude da dificuldade em se comprovar o relacionamento íntimo ocorrido entre a mãe do investigante e o investigado, admite-se a prova indireta, merecendo maior atenção o depoimento pessoal da mãe do investigante, desde que coerente e condizente com as demais provas e indícios apresentados no processo.

No caso em tela, verifica-se que o depoimento da mãe da investigante é firme e coerente, tendo sido confirmado pelo depoimento das testemunhas.

Assim é que a mãe da investigante informa que durante um mês manteve com o investigado encontros íntimos, que resultaram no nascimento da menor investigante.

O namoro da mãe da investigante com o investigado foi presenciado pela testemunha M.A.P., que afirma às fls. 27/28:

> Que a depoente tem a relatar que conhece a genitora da autora e o requerido e tem conhecimento que durante um determinado período, cuja época a depoente não se recorda, por cerca de três vezes, estava com I. em bares desta cidade, e nestas ocasiões, L. chegou de carro e saía junto com I. deixando a depoente no local. Que I. dizia à depoente que estava encontrando direto com L. Que a depoente indagava se estavam juntos, no que I. respondia afirmativamente. Que nesta época que I. relatou à depoente que ainda estaria namorando L., a depoente soube também que ela estava grávida. Que durante este período I. não mantinha nenhum tipo de relacionamento com outros homens ao que tem conhecimento a depoente.

Também a testemunha G.F.S., arrolada pelo próprio investigado, confirma às fls. 33/34 algumas afirmativas da mãe da investigante, informando:

> Que o depoente tem costume de ir à casa dos familiares do requerido. Que o depoente ouviu falar que falimiares do requerido visitaram a autora no hospital tão logo ela nasceu.

E diz ainda a testemunha:

> Que os comentários que o depoente ouviu que o requerido poderia ser o pai de D. foi na época dos fatos, vez que o próprio comentário de que a família esteve no hospital, ouviu na época do nascimento da criança.

Assim, restou suficientemente comprovado nos autos que o investigado manteve com a mãe da investigante um relacionamento íntimo em período coincidente com a sua gravidez, acertando a Sentenciante ao decidir pelo reconhecimento da paternidade.

Também com relação ao valor estipulado para os alimentos merece prevalecer a sentença hostilizada, vez que observado o binômio necessidade-possibilidade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-::::-

HABEAS DATA **- DÍVIDA ATIVA - EXECUÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DE CONTRIBUINTE DO PÓLO PASSIVO - DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - OMISSÃO DO PODER PÚBLICO EM RETIFICAR O CADASTRO**

- O *habeas data* é instrumento jurídico hábil para a supressão do nome do contribuinte do cadastro da dívida ativa do ente municipal quando, julgada a exceção de pré-executividade para excluir o contribuinte do pólo passivo da ação de execução fiscal, permanece omissa a Administração municipal em retificar o seu cadastro, apesar de ter sido requerido administrativamente pelo interessado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 337.313-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: *Habeas data* - Dívida ativa - Exclusão de contribuinte do pólo passivo da execução fiscal - Decisão judicial proferida em exceção de pré-executividade - Omissão do poder público muncipal em retificar o cadastro - Provimento da demanda. - O *habeas data* é instrumento jurídico hábil para a supressão do nome do contribuinte do cadastro da dívida ativa do ente municipal quando, julgada a exceção de pré-executividade para excluir o contribuinte do pólo passivo da ação de execução, permanece omissa a administração municipal em retificar o seu cadastro, apesar de ter sido requerido administrativamente pelo interessado.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de *habeas data* impetrado por Emerson Vieira Casseb em face do Município de Belo Horizonte, por seu Secretário Municipal da Coordenação de Finanças. O impetrante alegou que o Poder Público Municipal permaneceu omisso quanto ao seu pedido administrativo de retirada de seu nome do cadastro da dívida ativa do município, respaldado em decisão judicial que havia determinado, em exceção de pré-executividade, a sua exclusão do pólo passivo de execução fiscal. A sentença de fls. 123/125-TJ julgou procedente a demanda, determinando a retificação do registro de titularidade de dívida ativa municipal, para retirar ou substituir o nome do impetrante do cadastro de contribuintes devedores.

Em apelação de fls. 128/135-TJ, o Município de Belo Horizonte suscita, em preliminares, a nulidade da sentença e o não-cabimento da impetração, uma vez que não houve omissão ou recusa por parte da Administração Pública municipal em tomar as providências cabíveis. No mérito, sustentou não ter

tomado conhecimento, pelo impetrante, de que ele havia transferido sua firma individual para terceiro. Alega que inexiste a transferência de firma individual, e sim a extinção da firma e a constituição de uma nova firma.

Nas contra-razões de fls. 137/141-TJ, o impetrante requer que seja negado provimento à apelação, mantendo-se, por conseguinte, o mesmo entendimento jurídico constante da sentença recorrida.

Sobre o documento de fl. 148-TJ, juntado aos autos pelo Município-apelante, o apelado manifestou-se à fl. 149-v.-TJ.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 156/161-TJ, opinando pelo não-provimento do recurso.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para a sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Primeiramente, ressalta-se que a juntada do documento de fl. 149-v.-TJ não implica a prejudicialidade do exame e julgamento desta apelação.

Quanto à primeira preliminar, inexiste nos autos a nulidade da sentença sustentada pelo apelante. A sentença foi proferida nos autos de uma ação de *habeas data* e, tendo provido o pedido inicial, determinou a retificação de informação sobre o autor, ora apelado, constante de banco de dados de entidade estatal: o município apelante. A retificação, no caso dos autos, poderia ser feita de duas formas, isto é, pela retirada do nome do impetrante do referido banco de dados ou pela substituição de seu nome pelo de terceira pessoa. É por demais óbvio que a escolha em prol do segundo procedimento implica a satisfação do primeiro. Com essas considerações, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença.

A segunda preliminar confunde-se com o mérito, e com ele será apreciada.

Após uma detida análise dos autos, constata-se que o Município-apelante já havia tomado conhecimento da exclusão do apelado do pólo passivo da execução fiscal, quando do julgamento da exceção de pré-executividade (fl. 23-TJ), restando, assim, infundado o seu argumento de que o impetrante não lhe comunicou sobre a transferência da firma individual para terceira pessoa.

Aliás, é irrelevante, para a solução desta lide, a tese jurídica se é possível ou não a transferência de firma individual ou se é apenas cabível a sua extinção e posterior constituição de uma nova firma individual. Na realidade, tendo sido dado provimento judicial à exceção de pré-executividade para excluir do pólo passivo da ação de execução o ora apelado, cabia ao apelante, de ofício, providenciar a retirada do nome do apelado do cadastro da sua dívida ativa, sobre a qual se funda a causa remota de pedir deste *habeas data*.

Ao requerer administrativamente ao apelante a sua exclusão do cadastro da dívida ativa, o apelado estava respaldado em decisão judicial da qual a recorrente já teria conhecimento. Assim, caberia à apelante dar uma resposta definitiva ao apelado, sem maiores delongas, providenciando, inclusive, a retificação dos dados com a exclusão do nome do recorrido daquele cadastro municipal. Em não agindo dessa forma, o apelante incorreu em omissão quanto a direito constitucional fundamental subjetivo do apelado, qual seja, o de ter a retificação/supressão de informação a seu respeito e indevidamente constante de banco de dados estatal.

O ente-apelante pecou pelo próprio excesso de sua burocracia, quando poderia ter apenas cumprido a decisão judicial proferida na exceção de pré-executividade. Nesse sentido, a potencial substituição do nome do apelado pelo de terceira pessoa, na ação de execução do débito fiscal que deu origem remota ao litígio, em nada interfere no direito do apelado de ter, na presente demanda, o seu nome excluído do cadastro da dívida ativa municipal.

Diante do exposto, com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (artigo 131 do Código de Processo Civil), no artigo 5º, inciso LXXII, alíneas *a* e *b*, da Constituição do Brasil, e no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento à apelação. Sem condenação a pagamento de despesas recursais (artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição do Brasil).

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

CASAMENTO - CELEBRAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR - REGIME DE BENS - ALTERABILIDADE - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.639, § 2º, E 2.039 DO NOVO CÓDIGO CIVIL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- Não obstante celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento poderá ter seu regime de bens alterado, desde que satisfeitos os requisitos do § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, na medida em que ali não se excepcionaram os casamentos anteriores, também não o fazendo o art. 2.039, salvo no tocante à ressalva da inalterabilidade automática do regime. Desaparecendo a motivação que impedia a alteração do regime de bens do casamento, não se justifica a distinção entre casamentos novos e antigos, uma vez que o instituto é único e, em se tratando de situação que exige requerimento conjunto, não haverá prejuízo para os cônjuges.

- V.v: - Em conformidade com o art. 2.039 do novo Código Civil, o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por este estabelecido. Assim, como não havia a previsão de mudança de regime, persiste a vedação, não encontrando a pretensão dos apelantes respaldo legal. (*Des. Audebert Delage*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 347.688-4/00 - Comarca de Inhapim - Relator para o acórdão: Des. MOREIRA DINIZ

Ementa oficial: Direito de família - Casamento - Regime de bens - Alterabilidade - Lei nova *versus* lei antiga - Princípio da igualdade. - Não obstante celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento poderá ter seu regime de bens alterado, desde que satisfeitos os requisitos do § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, na medida em que ali não se excepcionaram os casamentos anteriores, também não o fazendo o art. 2.039, salvo no tocante à ressalva da inalterabilidade automática do regime. - Desaparecendo a motivação que impedia a alteração do regime de bens do casamento, não se justifica a distinção entre casamentos novos e antigos, uma vez que o instituto é único, e, em se tratando de situação que exige requerimento conjunto, não haverá prejuízo para os cônjuges.

- V.v.: - Direito Civil - Modificação de regime de bens - Casamento celebrado na vigência do Código Civil anterior - Impossibilidade jurídica do pedido - Recurso improvido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Moreira Diniz* - Relator para o acórdão. - *Audebert Delage* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Trata-se de recurso apelatório interposto por D.M.S. e M.M.S., contra a sentença de fl. 09, que, em pleito de modificação de regime de bens, indeferiu a inicial, com fulcro no artigo 295, III, do CPC.

Verifica-se que o MM. Juiz sentenciante fundamentou sua decisão no art. 2.039 do Código Civil/2002, concluindo pela ausência de previsão legal para o pleito.

Nas razões recursais, fls. 16/19, pugnam pela reforma do *decisum*, alegando que não se conformam com o entendimento adotado, de carecerem as partes de interesse processual, afirmando que, por este raciocínio, seria causa a ausência de possibilidade de agir. Após explicitar seu ponto de vista sobre a motivação que levou ao indeferimento da pretensão, os apelantes batem-se pela modificação da sentença, sustentando que poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas. Asseveram que o artigo 2.039 do novo Código Civil, invocado pelo MM. Juiz, dispõe que o regime de bens será regulado pelo antigo estatuto, mas não a sua modificação. Por fim requerem a cassação da decisão combatida, por entenderem absolutamente possível a modificação de regime de bens de casamentos celebrados antes do advento do novo Código Civil, com a conseqüente decisão de mérito, alterando o regime da comunhão parcial de bens para a comunhão universal de bens.

Como relatório adoto, ainda, o contido na r. sentença, acrescentando que as contra-razões foram regularmente oferecidas. A douta Procuradoria de Justiça, em parecer do ilustre Dr. Márcio de Pinho Tavares, fls. 29/31, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ao meu juízo, a decisão de primeiro grau não merece nenhuma censura. Conforme certidão de casamento acostada à fl. 07 dos autos, o casamento dos apelantes foi celebrado no dia 09 de setembro de 1994, sob o regime de comunhão parcial de bens, portanto, sob a égide da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil anterior).

O artigo 2.039 do Código Civil/2002 preceitua que, o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido. Assim, como não havia a previsão de mudança de regime, persiste a vedação, não encontrando a pretensão dos apelantes respaldo legal.

Da análise detida dos autos observa-se ainda que, se o entendimento fosse diverso e se permitisse a mudança de regime aos bens aos casamentos celebrados na vigência do Código Civil/1.916, *in casu* que não foram observados pelos apelantes os requisitos essenciais exigidos pelo novo Código Substantivo (art. 1.639, § 2º) para a autorização judicial necessária para o intento, ausente a motivação do pedido, na petição inicial de fls. 02/03.

Única razão assiste aos apelantes quando afirmam que o processo não deveria ser extinto por serem carecedores de interesse processual. De fato, o que se vislumbra é a impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência de viabilidade da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor.

Porém, apesar desta irregularidade técnica, melhor sorte não socorre os apelantes em sede recursal, pois seu pedido se demonstra juridicamente impossível, por não encontrar amparo na legislação substantiva civil aplicável.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso. De ofício, modifico a r. sentença objurgada, tão-somente na sua parte dispositiva, indeferindo o pedido inicial, com fulcro no art. 295, I, c/c seu parágrafo único, inc. III.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Carreira Machado) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.11.2003, a pedido do Des. Revisor, após o Relator negar provimento.

Com a palavra o Des. Moreira Diniz.

O Sr. Des. Moreira Diniz - A questão posta a exame é tormentosa, na medida em que, enquanto o Código Civil de 1916, em seu artigo 230, determinava a irrevogabilidade, ou seja, a inalterabilidade do regime de bens do casamento, o novo Estatuto Civil, em seu artigo 1.639, § 2º, permite a alteração, condicionada à autorização judicial e à satisfação de condições no mesmo dispositivo estabelecidas.

A partir da vigência do novo Código, a doutrina e a jurisprudência discrepam, havendo corrente que admite a alteração do regime de bens também do casamento contraído sob a égide do antigo Código, e outra que só o aceita para os casamentos realizados sob a nova lei.

Outro artigo do atual Código Civil que pode lançar alguma luz sobre à questão é o de número 2.039, assim redigido:

> O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º.01.1916, é o por ele estabelecido.

Sustentados em tal dispositivo, os defensores da tese de que ainda é imutável o regime de bens do casamento contraído sob a égide do antigo Código alegam que, aqui, o novo Código remete as regras de tal regime à antiga legislação; que, por sua vez, proibia a alteração.

Os adeptos da mesma corrente ainda alegam que o casamento é um ato jurídico perfeito, de forma que a lei nova não pode alterar suas regras.

Do outro lado estão aqueles que defendem a inadmissibilidade de estabelecimento de distinção para pessoas que vivem o mesmo instituto.

Sobre essa tese, há de se observar, mais, que a razão pela qual a antiga legislação proibia a alteração do regime de bens do casamento era a preservação dos direitos do cônjuge supostamente mais frágil e o resguardo de interesses de terceiros.

O novo Código resolveu essa situação, ao estabelecer - como já destacado - no referenciado artigo a necessidade de que, ainda que com autorização judicial, a alteração do regime de bens preserve os interesses de terceiros e o pedido seja razoável e demonstradamente motivado.

A partir do momento em que a nova lei elimina o risco que motivava a anterior proibição, parece-me inaceitável que ainda se proíba, para os casamentos antigos, a modificação. Em linguagem comparada, teríamos o seguinte: determinadas pessoas já vivem numa rua cujo trajeto é interrompido por um muro. Um dia esse muro é retirado, mas se estabelece que só as pessoas que se mudarem para aquela rua a partir daquele dia é que poderão passar pelo local onde antes existia o muro. Não há razoabilidade nisso.

Outra questão a ser considerada seria a da surpresa, ou seja, quando houve o casamento tudo se fazia de determinada maneira, e em meio à vida matrimonial as regras foram alteradas, gerando surpresas e prejuízos para os cônjuges, ou para um deles. Assim, quem se casa sob a nova lei já sabe que o regime poderá ser alterado, o que não ocorreu com quem se casou antes.

Mas onde reside o prejuízo? No caso, a alteração só pode ser feita a pedido de ambos os cônjuges. Logo, não há como dizer que um deles será surpreendido ou prejudicado pela nova ordem.

A nova lei trouxe, inclusive, um benefício mais relevante para os casamentos antigos. Isso porque quem se casa hoje o faz sabendo que o regime de bens poderá ser alterado, de forma que seus cuidados, sua reflexão na escolha do regime serão menores do que aqueles adotados por quem se casou sob a antiga lei; exatamente por saberem, na época, que sua decisão era inalterável.

Por isso, permitir a alteração do regime de bens do casamento antigo me parece muito mais razoável do que fazê-lo em relação aos novos casamentos. Admitindo a alteração, poderemos corrigir a distorção ocorrida, não por erro de quem antes optou, mas pelas inegáveis alterações de costumes que influenciam na vida de todos e que, inclusive, motivaram a reforma do Código Civil.

Não aceitar isso é o mesmo que uma empresa adquirir um veículo novo, mas só permitir sua utilização pelos novos funcionários, ficando os antigos com o carro mais velho.

Faço esses raciocínios comparativos por entender que, ante a ausência de comprovado prejuízo, e até mesmo de fundamentação para a proibição, a questão deve ser resolvida à luz do bom senso. A interpretação da lei, no caso, deve-se ater à realidade e à modernidade.

Ademais, conceitos como o do ato jurídico perfeito já foram atualmente jogados por terra por novas legislações, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. E isso em questões muito mais solidificadas, como o era, por exemplo, à aplicação do princípio *pacta sunt servanda*.

Sobre isso, inclusive, cabe lembrar que a lei do divórcio modificou uma série de conceitos e inclusive admitiu, mesmo para os casamentos anteriores à sua vigência, a dissolução do vínculo. E nesse caso houve surpresa para os cônjuges, porque quando se casaram ambos tinham consciência de que o vínculo era definitivo. A lei do divórcio não apenas mudou isso como admitiu o rompimento do vínculo por atitude unilateral. Diversamente do artigo 1.639 do Código Civil, que só permite a alteração do regime de bens se houver pleito de ambos os cônjuges.

No caso, nada estará sendo modificado, e aquilo que até então foi realizado não sofrerá qualquer alteração, na medida em que o novo regime de bens só produzirá efeitos a partir da alteração, sem retroatividade, portanto.

Se formos ao antigo Código Civil, veremos que o artigo 230 - que vedava a alteração do regime de bens do casamento - está inserido no título "dos efeitos jurídicos do casamento".

Permitir a alteração do regime de bens do antigo casamento não afetará o referido dispositivo, e muito menos alterará os efeitos jurídicos do matrimônio, na medida em que o novo regime não modificará aquilo que, em relação aos bens até então existentes, e para os novos cônjuges, já se terá operado.

Retornando ao exame do artigo 2.039, vemos que podemos interpretá-lo no sentido de que ali se explica que a vigência da nova lei, pela novidade de alguns de seus dispositivos, não implica automática modificação do regime de bens.

Como argumento final, penso que, estabelecendo o novo Código uma nova postura, a exceção,

se houvesse, deveria vir expressa no artigo 1.639, em parágrafo seguinte àquele onde estabelecida a regra agora vigente. Exceções devem ser expressas; não podem partir de presunção.

Antes de concluir, entretanto, permito-me observar que, na espécie, é inadmissível a aplicação do § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil, porque, admitida a possibilidade de mudança do regime de bens do casamento celebrado antes do novo Código e tendo sido a decisão extintiva do feito prolatada logo em seguida à distribuição, deverá o processo retomar sua caminhada, a fim de que seja possível aos requerentes a demonstração; e ao juiz, o exame da presença dos requisitos estabelecidos no já mencionado § 2º do art. 1.639, para que possa a pretendida autorização ser expedida.

Por isso, dou provimento ao apelo, para cassar a r. decisão de 1º grau, e determinar que, na instância primeira, seja apurada a presença, ou não, dos requisitos supra-referidos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo com o Revisor.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

INVENTÁRIO - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - IMPUGNAÇÃO PELO ESPÓLIO - REMESSA DAS PARTES ÀS VIAS ORDINÁRIAS - NECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.018, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

- Cabe ao credor do espólio que tiver seu crédito impugnado no inventário recorrer às vias ordinárias para comprovação de seu direito, devendo, contudo, ser determinada a reserva, em poder do inventariante, de quinhão de bens suficientes para o adimplemento do crédito reclamado até o deslinde da questão.

- V.v.: - A carta de sentença é documento hábil para figurar no pedido de habilitação de crédito em processo de inventário que poderá ser impugnada apenas com a comprovação de quitação da dívida. (*Des. Alvim Soares*).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.313-2/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Civil e Processual Civil - Habilitação de crédito em inventário - Impugnação do espólio - Circunstância que, por si só, remete o deslinde da questão às vias ordinárias, restando inviável a habilitação pretendida - Dívida fundada em documento que a comprova - Reserva de quinhão de bens pertencentes ao espólio, como garantia ao adimplemento do crédito reclamado - Inteligência da norma do art. 1.018, *caput* e parágrafo único, do CPC - Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O REVISOR PARCIALMENTE.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Cuida-se, na espécie, de habilitação de crédito em inventário, requerida por R.M.C., menor púbere, assistido por sua genitora, A.M.S., em face do espólio de M.C.F., representado por sua inventariante, M.A.C., objetivando a inclusão, no quadro geral de credores do espólio, do crédito concernente às prestações alimentícias inadimplidas pelo *de cujus*, no importe de R$8.331,10 (oito mil trezentos e trinta e um reais e dez centavos).

Concluiu a instância singela pela parcial procedência da pretendida habilitação, determinando a inclusão do crédito de R$6.040,75 (seis mil e quarenta reais e setenta e cinco centavos), no quadro geral de credores do inventário, determinando, ainda, que se procedesse à reserva de bens, com o escopo da quitação do aludido crédito, *decisum* contra o qual se insurgiu o espólio-réu, que aviou o presente recurso de apelação, ao argumento de que, em havendo discordância em relação ao pedido de habilitação formulado nos presentes autos, caberia à instância singela remeter a questão à via ordinária, a teor do estabelecido na norma do art. 1.018 do CPC, asseverando, ainda, que o crédito que se pretende habilitar é ilíquido e incerto, razão pela qual não merece prosperar a habilitação pretendida.

Preceitua a norma do art. 1.018 do CPC, *in verbis*:

> Art. 1.018. Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários.
>
> Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

Destarte, se, por um lado, a norma do art. 1.017, do retromencionado diploma legal, faculta ao credor do espólio habilitar seu crédito perante o mesmo, requerendo a inclusão do valor no quadro geral de credores do referido ente, desde que tais créditos estejam vencidos e sejam exigíveis, por outro, o parágrafo segundo do aludido dispositivo legal, bem como a norma do art. 1.018 do Codex Instrumental tornam imperativa a aquiescência do ente para que se viabilize a habilitação pretendida.

Em não havendo concordância das partes, deverá o juiz remeter a questão à via ordinária e, caso o crédito seja suficientemente comprovado por documento hábil, determinará a reserva de quinhão suficiente para garantir seu adimplemento, desde que a impugnação não se fundamente em quitação do crédito reclamado, conforme dispõe a norma do parágrafo único do retromencionado dispositivo legal.

Calha trazer à colação o oportuno escólio de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO acerca da questão, senão vejamos:

> Somente se admite pagamento na forma prevista no art. 1.017 e parágrafos do Código de Processo Civil, quando houver expresso acordo de todos os interessados (inventariante, cônjuge-meeiro, herdeiros, representante fiscal), curador especial (que defende os interesses dos incapazes), curador de resíduos (se houver testamento) e curador à lide (nos casos do art. 9º, I). Até a partilha, faculta-se a esses interessados a retirada de seu consentimento (*in Curso de Direito Civil*, v. 6, Ed. Saraiva, 29ª ed., p. 316).

No mesmo passo, a lição do insigne jurista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in verbis*:

> É indispensável o acordo unânime, porque a habilitação, *in casu*, não é contenciosa. Por isso, não havendo concordância de todas as partes sobre o pagamento, será o credor remetido para os meios ordinários (art. 1.018), ou seja, terá ele de propor a ação contenciosa contra o espólio, que for compatível ao título de seu crédito (execução ou ordinária de cobrança, conforme o caso) (*in Curso de Direito Processual Civil*, v. III, ed. Forense, 19ª Ed., 1999, p. 284/285).

Destarte, o incidente de habilitação de crédito em inventário possui natureza administrativa de cobrança consensual, tornando imprescindível, para o êxito da habilitação, a expressa aquiescência das partes.

Assim, discordando o espólio-réu dos valores que se pretende habilitar nos presentes autos, não cabe travar, nesta sede, qualquer discussão acerca do referido crédito, devendo as partes resolver a pendenga em outra via, que não a habilitação de crédito, já que tal instituto, para que se viabilize, pressupõe a concordância e aquiescência das partes envolvidas, o que inocorre na espécie dos autos.

No caso em tela, como o crédito que se pretende habilitar advém de prestações alimentícias inadimplidas pelo *de cujus*, resta ao credor lançar mão do instrumento jurídico competente, objetivando a satisfação do mesmo, ou seja, caber-lhe-á ajuizar ação executiva contra o espólio, porquanto esta é compatível com seu título de crédito, conforme o acima transcrito escólio do insigne processualista Humberto Theodoro Júnior.

O certo é que a questão deverá ser remetida para a via competente, devendo-se, contudo, *in casu*, salvaguardar quinhão suficiente a satisfazer o crédito que aqui se pretende habilitar, porquanto inequívoco que o mesmo se encontra fundado em documento que o comprova, à inteligência dos comandos emanados da norma do parágrafo único do art. 1.018 do CPC.

Sobre o tema, impõe-se trazer à baila lição de NÉLSON NERY JÚNIOR, *in verbis*:

> Se as dívidas estão comprovadas por documentos revestidos de formalidades legais (CC, 1.796, § 1º), as partes podem concordar com o pagamento delas ou não (CPC, 1.017, § 2º, e 1.018). Numa e noutra hipóteses será feita separação de bens que garantam o pagamento (CPC, 1.017, § 3º, e 1.018, parágrafo único).

A propósito, coadunáveis arestos:

> Dívida passiva do espólio - Pedido de pagamento - Concordância das partes - Inocorrência - Habilitação vedada - Remessa às vias ordinárias - Começo de prova literal - Reserva de bens - Inteligência do artigo 1.018, *caput* e parágrafo único, do CPC - A discordância das partes sobre o pedido de pagamento formulado pelo credor nos autos do inventário veda, por si só, a habilitação do crédito, sendo, no entanto, de rigor, a determinação da reserva de bens em poder do inventariante, se a dívida consta de documento que comprove a obri-

gação e a impugnação não se funda em quitação do débito. Inteligência do art. 1.018, *caput* e parágrafo único, do CPC. Recurso a que se dá parcial provimento (TJMG - Ap. Cível nº 221.557-2, Rel. Des. Kildare Carvalho, *DJMG* de 30.11.2001).

Habilitação em inventário - Divergência entre as partes - Procedimento - Vias ordinárias. - Havendo divergência, que resulte em questão de alta indagação, em procedimento típico de habilitação em inventário, necessária se revela a extinção do procedimento, com a remessa do autor às vias ordinárias. Recurso provido. Extinto o processo (TJMG - Ap. Cível nº 297.453-3, Rel. Des. Lucas Sávio Gomes, *DJMG* de 28.03.03).

Conforme disposto no art. 1.018 do CPC, havendo discordância sobre o pedido de pagamento feito em habilitação de crédito em inventário, remete-se sua discussão para os meios ordinários, com reserva de bens em poder do inventariante, para garantia da pretensão discutível (TJMG - Ap. Cível nº 278.627-5, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, *DJMG* de 13.03.03).

Habilitação de crédito em inventário. Discordância dos interessados - Arts. 1.017 e 1.018 do CPC. - Pedido indeferido - Recurso improvido. - Por expressa disposição legal, havendo discordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento pelo credor em inventário, não pode ele ser deferido, sendo remetido aos meios ordinários (Tribunal de Justiça do Paraná - Acórdão nº 10.848).

Assim, revela-se incabível a habilitação ora pretendida, impondo-se, de outro norte, que as partes resolvam a questão na via própria, oportunidade em que serão aclaradas todas as nuances do problema.

Entretanto, examinando a decisão ora recorrida, verifico que seu desacerto maior se encontra na parte dispositiva, tendo em vista que a instância singela julgou procedente, em parte, a habilitação pretendida, determinando que se incluísse o crédito de R$6.040,75 (seis mil e quarenta reais e setenta e cinco centavos) no quadro geral de credores do espólio, reservando-se bens suficientes à sua quitação.

Em verdade, deveria o Juiz julgar improcedente a habilitação pretendida, remetendo as partes à via ordinária, determinando, contudo, a reserva de quinhão de bens suficientes para o adimplemento do crédito aqui reclamado, conforme leciona MARIA HELENA DINIZ, em seus comentários ao antigo Código Civil, vigente à época e, portanto, aplicável à espécie dos autos:

> Quando o credor do espólio tiver seu crédito impugnado no inventário, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para pagá-lo, enquanto o credor corre à via ordinária para comprovar seu direito. Para tanto, deve o credor ingressar com competente ação, *in casu*, representada pelo manejo de ação executiva em face do espólio, porquanto tal ação é compatível com o título por ele ostentado, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de aquela separação de bens ordenada pelo magistrado perder sua eficácia.

Com tais considerações, provejo, parcialmente, o presente recurso, pela impossibilidade de se concretizar a habilitação aqui pretendida, devendo as partes resolver a pendenga nas vias ordinárias, determinando, contudo, seja salvaguardado quinhão suficiente a satisfazer o pagamento do crédito que se pretendia habilitar, até o deslinde da questão, impondo ao credor lançar mão dos instrumentos jurídicos cabíveis, no prazo que lhe é conferido, sob pena de perda da eficácia da retromencionada reserva de bens, invertendo, portanto, os ônus sucumbenciais determinados pela instância singela.

Custas, pelo recorrido.

O Sr. Des. Alvim Soares - Respeitosamente, ouso dissentir do eminente do Des. Relator e nego provimento à aspiração contida na razões recursais encartadas às fls. 68/76-TJ; tenho, no presente caso, como documento hábil a carta de sentença para figurar no pedido de habilitação, malgrado a discordância dos herdeiros, em responder por dívida alimentar do *de cujus*.

De incontroversa constatação, que, inocorreu a comprovação plena pelo falecido marido da recorrente da quitação da dívida, somente confirmada, em parte, sob ameaça de decretação de prisão civil, à época.

De relevância, ainda consignar, o disposto no art. 1.700 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 10.406 de 10.01.02: *"A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694"*.

Assim, com renovado pedido de vênia ao eminente Relator, nego provimento ao recurso interposto.

Custas recursais, pelo espólio-apelante.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O REVISOR PARCIALMENTE.

-:::-

ICMS - PARCELAMENTO DE DÉBITO - VALORES RECOLHIDOS EM OPERAÇÕES ANTERIORES - COMPENSAÇÃO - LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS - DEFINIÇÃO PELO PRÓPRIO ENTE TRIBUTANTE - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE - INAPLICABILIDADE - MODIFICAÇÃO DO PEDIDO OU DA CAUSA DE PEDIR - IMPOSSIBILIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO *MANDAMUS* - INADMISSIBILIDADE

- A edição, no curso do mandado de segurança, de legislação estadual (Lei nº 14.062/01) concedendo anistia, facultando o parcelamento aos contribuintes em débito e dando novo tratamento às questões envolvendo multas e juros de mora não tem o condão de permitir ao impetrante a modificação de seu pedido ou da causa de pedir.

- Na hipótese de parcelamento de débitos, a compensação de valores de ICMS recolhidos em operações anteriores constitui matéria a cujo respeito ao próprio ente tributante compete definir regras a serem observadas. A viabilidade dessa compensação não prescinde da demonstração de liquidez e certeza dos créditos.

- Havendo necessidade de dilação probatória, inadmissível o seu reconhecimento na via estreita do *mandamus*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.280-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Tributário - Mandado de segurança - Legislação superveniente - inaplicabilidade - Compensação - Liquidez e certeza dos créditos. - A edição, no curso do *mandamus*, de legislação estadual concedendo anistia, facultando o parcelamento aos contribuintes em débito e dando novo tratamento às questões envolvendo multas e juros de mora não tem o condão de permitir ao impetrante a modificação de seu pedido ou da causa de pedir. Na hipótese de parcelamento de débitos, a compensação de valores de ICMS recolhidos em operações anteriores constitui matéria a cujo respeito ao próprio ente tributante compete definir regras a serem observadas. A viabilidade dessa compensação não prescinde da demonstração de liquidez e certeza. Havendo necessidade de dilação probatória, inadmissível o seu reconhecimento na via estreita do *mandamus*.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de março de 2003. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Unipave Distribuidora de Auto Peças Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Chefe da Administração do Crédito Tributário da AF/BH, que, a seu ver, estaria a lhe ferir o direito líquido e certo de, em pagamento parcelado de ICMS, compensar valores do mesmo tributo, cobrados em operações anteriores, e não se sujeitar às multas que lhe foram aplicadas nem aos juros de mora calculados com base na taxa Selic.

A sentença de fls. 142/146, complementada pela decisão de fls. 153/154, depois de considerar inaplicáveis os dispositivos de legislação superveniente à impetração, denegou a ordem, ao fundamento de que não haveria direito líquido e certo a ser amparado.

Foi interposta a apelação de fls. 156/163, por meio da qual o então impetrante busca a reforma da citada decisão, sustentando a aplicação, ao caso, da Lei Estadual nº 14.062/01, editada no curso do *mandamus* e que deu novo tratamento à questão das multas e dos juros de mora, e reiterou suas alegações de que os créditos de ICMS que pretende compensar são líquidos, certos e exigíveis.

Contra-razões às fls. 169/179.

A douta Procuradoria de Justiça, em manifestação de fls. 190/199, opinou pelo desprovimento do recurso.

Conheço da apelação, presentes seus requisitos de admissibilidade.

De início, registro que, assim como a impetração deveria ser julgada, e o foi, de acordo com o deduzido na petição inicial de fls. 02/14, o exame do presente recurso deve ater-se aos termos nele

expostos (*tantum devolutum, quantum appellatum* - art. 515 do CPC). Faço essas considerações para consignar que o apelante se insurgiu contra a decisão, apenas no ponto em que não foram aplicados os dispositivos da Lei nº 14.062/01, editada no curso do *mandamus*, e naquele em que lhe foi negado o pedido de compensação do ICMS cobrado em operações anteriores.

Omitiu-se em questionar a legitimidade da cobrança de juros moratórios à taxa Selic e da incidência de multas em débitos objetos de denúncia espontânea acompanhada de parcelamento do tributo devido. Constata-se que nem sequer a sentença recorrida apreciou tais questões, conforme se vê da decisão de fls. 153/154 que rejeitou os embargos de declaração de fls. 147/152. Portanto, para que fossem objeto de análise por este Tribunal, deveria o apelante a seu respeito se manifestar, impugnando as conclusões da sentença recorrida, e suscitar eventual nulidade desta, por não as ter apreciado.

Mas isso não ocorreu, talvez por ter a citada Lei nº 14.062/01 dado novo regramento à aplicação das multas e dos juros de mora, o que, em caso de acolhimento das alegações no sentido de sua aplicabilidade à impetração, prejudicaria sua análise tal como posta na inicial. Por isso, passo ao exame do recurso, abstendo-me de analisar a questão da legitimidade da aplicação de multas e da incidência de juros de mora à taxa Selic, questões nele não ventiladas.

A impetrante, através do *mandamus*, buscava a garantia de eventual direito seu, de compensar créditos de ICMS pago em operações anteriores com débitos referentes à denúncia tida por ela como espontânea, acompanhada de pagamento parcelado, de cujo valor pretendia a exclusão das multas moratórias e da taxa Selic.

A superveniência de legislação estadual (Lei nº 14.062/01), que concedeu anistia e facultou o parcelamento aos contribuintes em débito para com o Fisco estadual, não tem o condão de permitir ao impetrante a modificação de seu pedido ou da causa de pedir. Se, com a nova possibilidade de parcelamento, de acordo com as regras da novel lei, estivesse a então impetrante tendo direito líquido e certo violado, abrir-se-ia a ela a possibilidade de novo mandado de segurança, desta feita dirigido contra outro ato, baseado em nova fundamentação e com outro pedido.

Por isso, a decisão recorrida colocou a questão em seus termos, ao considerar inaplicáveis, *in casu*, as disposições da Lei nº 14.062/01.

Com respeito à questão da possibilidade de o contribuinte compensar, quando do parcelamento de seus débitos, os valores de ICMS cobrados em operações anteriores, tenho para mim que, efetivamente, não se pode vislumbrar qualquer direito líquido e certo a ser amparado. A apelante não demonstrou a existência dos créditos de que pretende se utilizar na compensação do ICMS, tendo inclusive a autoridade impetrada se manifestado (fl. 48) pela necessidade de tais créditos, acaso existentes, serem examinados por perícia técnico-contábil, cuja realização é de todo impraticável, nas estreitas vias do mandado de segurança.

Além disso, da forma como exposta pela apelante, tratando-se de autodenúncia, acompanhada do pedido de parcelamento do tributo, inaplicáveis as regras do art. 138 do CTN, que são restritas às situações em que o contribuinte faz acompanhar a denúncia da infração do pagamento do tributo devido. Por isso, é o próprio ente tributante quem definirá sobre as regras a serem observadas. A opção da Fazenda Pública de que faz parte a autoridade indicada coatora foi por não permitir a compensação de créditos de operações anteriores, facultando a possibilidade de que fosse feita através do procedimento disposto no art. 67, § 2º, do RICMS.

Ante tais considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

COMPETÊNCIA - DIREITO SUCESSÓRIO - RESERVA DE BENS - COMPANHEIRA - AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E INCIDENTAL NO JUÍZO DO INVENTÁRIO - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS OU INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS PROPOSTA EM FACE DO ESPÓLIO E DOS HERDEIROS

- É competente para apreciar e julgar medida cautelar que objetiva a reserva de bens, formulada por ex-companheira em face do espólio e dos herdeiros, o juízo no qual tramita a ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade fato.

AGRAVO Nº 1.0024.03.119005-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDGARD PENNA AMORIM

Ementa oficial: Direito das Sucessões - Ação cautelar inominada e incidental - Ajuizamento no juízo do inventário - Declinação de competência para o juízo da ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens ou indenização por serviço prestados proposta em face do espólio e das herdeiras - Decisão mantida. - 1. É competente para apreciar e julgar a medida cautelar que objetiva a reserva de bens, formulada por ex-companheira, o juízo no qual tramita a ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. - 2. Recurso não provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de março de 2004. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Trata-se de agravo de instrumento interposto por I.R.O., nos autos da ação cautelar inominada e incidental ajuizada em face do espólio de S.V.N., contra decisão do il. Juiz da 1ª Vara de Sucessões e Ausência da Comarca de Belo Horizonte (fls. 47-TJ), que declinou da competência para o juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Contagem, em que tramita a "ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens ou indenização por serviços prestados", ajuizada pela ora recorrente em face daquele espólio e das herdeiras.

A recorrente alega que pretende "assegurar e acautelar o seu possível direito ao quinhão hereditário", antes do trânsito em julgado da homologação de partilha nos autos de arrolamento do "falecido e ex-companheiro", sendo, portanto, competente o juízo no qual tramita o inventário. Por fim, sustenta que os pedidos formulados na medida cautelar:

> são indispensáveis para assegurarem o sucesso da demanda que corre pela Egrégia 3ª Vara de Família da Comarca de Contagem/MG, pois do contrário, de que adiantará à agravante ser reconhecida na condição de convivente com direito aos bens amealhados conjuntamente com o falecido, se ao tempo da sentença, o processo de arrolamento que corre pela Comarca de Belo Horizonte estiver solucionado? A esta altura os bens poderão não mais existir, tornando inócua até mesmo uma possível sobrepartilha (*sic*, fls. 20).

Contraminuta às fls. 54/56-TJ, pelo não-provimento do recurso.

Manifestação de d. Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 61/64-TJ, da lavra do il. Promotor João Batista da Silva, pelo provimento do agravo de instrumento.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Data venia, tenho que acertada a decisão recorrida. Realmente, dispõe o Código de Processo Civil:

> Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Assim, tramitando a ação principal, na qual pretende a ora recorrente ver reconhecida a união estável estabelecida com o *de cujus*, na Comarca de Contagem, este é o juízo competente para apreciar o pedido formulado na medida cautelar incidental.

Na verdade, nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil, era possível à recorrente, por meio de simples petição, "demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha", o que possibilitaria ao il. Juiz da 1ª Vara de Sucessões e Ausências, após ouvir as demais partes, acolher ou não o seu pedido. Todavia, conforme asseverado pela própria agravante neste recurso, não foi tal pedido formulado àquele juízo em razão de ela saber que as herdeiras do falecido não aceitavam a sua condição de companheira.

O procedimento adotado pela recorrente, qual seja, medida cautelar incidental, torna o juízo

sucessório incompetente para processar e julgar a sua pretensão, pois a este cabe tão-somente resolver questões que não "demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas" (art. 984 do CPC). A propósito, assevera HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*in Curso de Direito Processual Civil*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 230):

> Sobre o campo de atuação do juiz nesse procedimento especial, dispõe o art. 984 que 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.
>
> Disso decorre a regra geral que é a de competir ao juiz do inventário a solução de toda e qualquer questão que dependa do julgamento do inventário e da partilha. Somente, portanto, quando a questão, por sua natureza, depender de um outro processo especial, ou se achar subordinada a fato somente pesquisável por meio de outras provas que não a documental, é que o magistrado do inventário poderá remeter os interessados para as vias ordinárias.

Registro, ainda, que a reserva de bens pretendida pela recorrente, até a decisão da "ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens ou indenização por serviços prestados", poderá ser melhor analisada pelo juízo da comarca na qual tramita esta ação, que, a toda evidência, dispõe de mais elementos para apreciar o seu pedido.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas, pela agravante.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - EXCESSO DE VELOCIDADE - RADAR FIXO - AFERIÇÃO - FISCAIS DO TRÂNSITO - DISPENSA - HOMOLOGAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO - NATUREZA INQUISITORIAL - PENALIDADE - NOTIFICAÇÃO - INFRATOR - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - RECURSO ADMINISTRATIVO

- É legal a captação de infração, por excesso de velocidade, aferida por radar fixo, sem a presença de fiscais do trânsito no local da infração, conforme dispõe a Resolução nº 141/2002, alterada pela Deliberação nº 38/2003, em seu art. 4º, do Contran.

- A autoridade de trânsito julgará a consistência das infrações previstas nos arts. 183, 208 e 218 do CTB, captadas por aparelho eletrônico (radar), sem a necessária presença de autoridade fiscalizadora do trânsito, desde que o aparelho seja afixado em local definido e em caráter permanente e seja fiscalizado periodicamente pelo Inmetro.

- Código de Trânsito Brasileiro não prevê a apresentação de defesa prévia à aplicação de penalidade. Até o momento da sua aplicação, o Código atribui ao procedimento natureza inquisitorial. Somente com a notificação da penalidade se estabelece o contraditório, sendo oportunizada à parte ampla defesa mediante recurso que, se for contra a imposição de multa, poderá ser interposto sem o prévio recolhimento de seu valor e sem imposição de qualquer outra penalidade, qual a recusa à liberação do CRLV-Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.969048-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Multa por infração de trânsito captada por radar fixo permanente - Desconstituição - Direito de defesa. - O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/97, não prevê a apresentação de defesa prévia à aplicação de penalidade. Até o momento da sua aplicação, o Código atribui ao procedimento natureza inquisitorial. Somente com a notificação da penalidade se estabelece o contraditório, sendo oportunizada à parte ampla defesa mediante recurso que, se for contra a imposição de multa, poderá ser interposto sem o prévio recolhimento de seu valor (art. 286, *caput*, do CTB) e sem imposição de qualquer outra penalidade, qual a recusa à liberação do CRLV-Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo. A autoridade de trânsito julgará a consistência das infrações previstas nos artigos 183, 208 e 218 do CTB, captadas por aparelho eletrônico (radar), sem a necessária presença de autoridade fiscalizadora do trânsito, desde que o aparelho seja afixado em local definido e em caráter permanente e seja fiscalizado periodicamente pelo Inmetro.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2004. - *Orlando Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário de sentença concessiva de segurança requerida contra o ato da notificação de multa ao veículo da impetrante, entregue em sua residência, por transitar em velocidade superior à máxima permitida em mais de 20%, sob alegação de nula ser a infração aferida por radar fixo, denominado "Lombada Eletrônica", sem a presença de fiscais do trânsito, bem como nula ser a multa imposta antes do exercício do contraditório.

Conheço do reexame, *ex vi* do parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51 e do recurso voluntário, interposto a tempo e modo, para reformar a sentença e denegar a segurança.

Com efeito:

1. *Da ilegitimidade passiva.*

Irrelevante é a argüição, eis que a impetração se rebela contra o ato de entrega da notificação da multa imposta por infração de trânsito, velocidade superior a imposta por placas indicativas, ato da competência do DER/MG, apontado coator, cabendo-lhe a competência de fiscalizar o trânsito na rodovia localizada no Estado de Minas Gerais.

Além disso, aplicar-se-ia ao caso o § 2º do artigo 249 do CPC.

Rejeito a preliminar.

2. *Meritoriamente*, o DER/MG agiu no permissivo do artigo 281 do CTB, dispondo:

> A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Trata-se de procedimento administrativo interno, de verificação de formalidades, diferente de processo administrativo, não havendo como se exigirem as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, pois a autoridade administrativa age de ofício e na exata observância das normas do CTB.

Somente após a homologação (não julgamento) do AI é que será procedida a notificação do infrator, garantindo ao mesmo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Neste jaez é a jurisprudência, *v.g.*:

> Código de Trânsito. Defesa prévia. Falta de previsão. - O Código Brasileiro de Trânsito não prevê a apresentação de defesa prévia à aplicação de penalidade. Até o momento da aplicação da penalidade, o Código atribui ao procedimento natureza inquisitorial.
>
> Somente com a notificação da penalidade, se estabelece o contraditório, sendo oportunizada à parte ampla defesa mediante o recurso que, se for contra a imposição de multa, poderá ser interposto sem o prévio recolhimento de seu valor (art. 286, *caput*). (TRF-4ª Região, *DJU* de 25.04.2001, p. 810).

Atente-se a que o julgamento da consistência do ato de infração, preconizado no art. 281 da Lei nº 9.503/97, relacionado com os aspectos formais do ato, não reclama o direito de prévia defesa e do contraditório, do rito próprio da Lei de Trânsito.

O direito de defesa, sob a denominação de recurso, exercido a partir da notificação, independe do pagamento da multa, cujo vencimento previsto visa permitir o pagamento com o benefício da antecipação.

A autoridade de trânsito está sujeita à prévia notificação ao infrator, para condicionar a renovação da licença ao pagamento de multa, consoante a Súmula 127 do STJ.

> É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.

Ademais, a pendência de recursos administrativos referentes às multas afasta, de igual maneira, a exigibilidade de cobrança, não podendo incidir o artigo 131, § 2º, do CTB.

No permissivo da Resolução nº 141, de 03 de outubro de 2002, alterada pela Deliberação nº 38, de 11 de julho de 2003, que dispõe sobre o uso, a localização e a operação de aparelho, de equipamento ou de qualquer outro meio tecnológico para auxiliar na gestão do trânsito, normas estas editadas pelo Conselho Nacional de Trânsito-Contran, no uso das atribuições que lhe confere o art. 12 do CTB, dispõem os seus arts. 1º, 3º e 4º:

> Art. 1º Os Órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito-SNT poderão utilizar-se de aparelho, de equipamento ou de qualquer outro meio tecnológico que tenha por finalidade auxiliá-los na promoção da administração e planejamento do trânsito, na melhoria da circulação e na segurança dos usuários.
>
> Parágrafo único. A fiscalização das infrações previstas nos artigos 183, 208 e 218 do CTB, a ser exercida pela autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via, poderá ser realizada com a utilização de aparelho, de equipamento ou de qualquer outro meio tecnológico de auxílio na gestão do trânsito, desde que possuam dispositivo registrador de imagem que comprove a infração.
>
> Art. 3º A instalação e a operação de aparelho, de equipamento ou de qualquer outro meio tecnológico para fins de comprovação de infração deverão ser executadas por autoridades de trânsito ou por agente da autoridade de trânsito.
>
> Parágrafo único. Exclui-se dessa exigência, o aparelho, o equipamento ou qualquer outro meio tecnológico afixado em local definido e em caráter permanente.
>
> Art. 4º É obrigatória a presença da autoridade de trânsito ou de seu agente, no local da infração, sempre que for utilizado aparelho, equipamento ou qualquer outro meio tecnológico para fins do § 2º do art. 280 do CTB, *exceto quando do tipo fixo* (grifou-se).

Portanto, perfeitamente legal a captação de infração, por excesso de velocidade, ocorrida no caso da impetrante-apelada, restando improcedente a segurança impetrada.

Assim, a despeito de dever-se repelir a denominada "indústria da multa" e de ser lamentável a alegada ineficiência ou parcialidade dos julgamentos dos recursos administrativos processados pelas Juntas dos Órgãos de Trânsito, as denominadas JARIs, não objeto, porém, de contraditório, no caso *sub examine*, reformo a sentença, no reexame necessário, para denegar a ordem mandamental, invertendo os ônus sucumbenciais, descabidos honorários advocatícios, consoante dicção sumular. Resta prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - COMÉRCIO DE REVISTA IMPRÓPRIA - RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE - AUTO DE APREENSÃO E PENALIDADE APLICADA SUBSISTENTES

- Todos os que comercializam revistas com conteúdo impróprio ou inadequado para criança e adolescente, e não apenas as editoras, têm o dever de observar as exigências impostas pelo art. 78 do ECA (Lei nº 8.069/90), sob pena de multa fixada nos termos do art. 257 do mesmo diploma legal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.619580-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDGARD PENNA AMORIM

Ementa oficial: Criança e adolescente - Comércio de revista imprópria - Responsabilidade do comerciante - Auto de apreensão e penalidade aplicada subsistentes. - 1. Todos os que comercializam revistas com conteúdo impróprio ou inadequado para criança e adolescente, e não apenas as editoras, têm o dever de observar as exigências impostas pelo art. 78 do ECA, sob pena de multa fixada nos termos do art. 257 do mesmo diploma legal. - 2. Recurso não provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de março de 2004. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Trata-se de recurso de apelação contra sentença de fls. 17/20, que, nos autos de procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração das normas de proteção à criança e ao adolescente, instaurado em face de Banca Secretaria de Saúde, representada por sua proprietária Benícia Barbosa Viana, julgou subsistente o auto de infração para, nos termos do art. 78 c/c art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicar a pena de multa, fixada em 03 (três) salários mínimos.

Em suas razões recursais (fls. 21/22), a apelante tão-somente rediscute a preliminar suscitada em primeira instância de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a responsabilidade pela comercialização de revistas, em conformidade com as exigências do ECA, é das editoras, e não das bancas de revistas.

Cota do Ministério Público à fl. 22-v.-TJ., pela remessa dos autos à Superior Instância, sem prejuízo da execução provisória da sentença.

O i. Juiz *a quo* (fls. 24/25), por não vislumbrar "situação de dano irreparável ou de difícil reparação", recebeu o recurso tão-somente no efeito devolutivo.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 31/36-TJ, pelo não-provimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, inexigível o preparo, nos termos do art. 198, inc. I, do ECA.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.
>
> Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Preceitua, ainda, o mesmo diploma legal:

> Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta lei:
>
> Pena - multa de três a vinte salários mínimos de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

A simples leitura do *caput* do art. 78 afasta, de plano, a alegação da apelante de ser responsabilidade exclusiva das editoras a comercialização de revistas com conteúdo impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes, pois todos os comerciantes de revistas que se enquadram nesta especificação têm o dever de somente vendê-las em embalagens lacradas, com advertência de seu conteúdo.

In casu, conforme auto de infração de fl. 03, foram encontradas na Banca Secretaria de Saúde, ora apelante, 02 (duas) revistas eróticas expostas à venda sem embalagem lacrada, contendo a advertência de seu conteúdo.

Por outro lado, o parágrafo único daquele dispositivo legal tão-somente diz que "as editoras cuidarão" de proteger as publicações com mensagens pornográficas ou obscenas com embalagem opaca, não lhes imputando obrigação e responsabilidade exclusiva pela comercialização sem a observância do disposto na lei especial.

Sobre a responsabilidade dos proprietários das bancas de revistas pela comercialização de revistas em desacordo com o ECA, este eg. Tribunal de Justiça assim decidiu:

> Apelação cível. Representação por infração ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Auto de infração. Regularidade formal. Revistas eróticas. Comercialização sem embalagem lacrada. Antiprova inexistente.
>
> - 1. O auto de infração lavrado por servidor do Juizado da Infância e da Adolescência não exige rigorismo formal. A comunicação feita a empregado infrator, quando possibilita a ampla defesa, torna válido o auto mesmo que não contenha assinatura de duas testemunhas.
>
> - 2. Revistas eróticas podem ser comercializadas desde que as embalagens acondicionadoras sejam lacradas. A responsabilidade, no caso, é do comerciante.
>
> - 3. Ausente a prova de observância da exigência legal relativa à embalagem, sujeita-se o comerciante às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> - 4. Apelação conhecida e não provida. (Apelação Cível nº 1.0000.00.336794-3, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. em 16.09.03.)

Na verdade, conforme asseverado pelo i. Juiz *a quo*,

> a comercialização de revistas por parte dos donos de banca, sem as cautelas impostas pelo ECA, também importa em violação ao art. 257 do referido diploma legal, afinal são os mesmos que colocam o produto à venda ao público consumidor, não cabendo assim, denunciação da lide.
>
> Ademais, reiterados julgados, aduzem que cabem a todos aqueles que interferem na comercialização de produtos impróprios a menores, e não apenas aos editores e distribuidores, velar pelo respeito às normas de proteção às crianças e adolescentes, seres imaturos psicologicamente despreparados que não devem ficar à mercê de atrações deléricas e prejudiciais à formação de seu caráter (*sic*).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DOCUMENTOS FISCAIS - RECOLHIMENTO - INTERESSE PÚBLICO - LEGALIDADE

- A fiscalização e o recolhimento de documentos indispensáveis à apuração do cumprimento de obrigações tributárias mesmo sem ordem judicial não configura ilegalidade, especialmente quando o ato é assistido por representante do contribuinte, que inclusive firma documentos relativos ao ato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.831336-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MOREIRA DINIZ

Ementa oficial: Fiscalização tributária - Documentos - Recolhimento - Interesse público - legalidade. - A fiscalização e o recolhimento de documentos indispensáveis à apuração de cumprimento de obrigações tributárias mesmo sem ordem judicial não configura ilegalidade, especialmente quando o ato é assistido por representante do contribuinte, que inclusive firma documentos relativos ao ato.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2003. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Moreira Diniz - Cuida-se de apelo aviado por Copiadora Projeto Ltda. ante sentença da MM.ª Juíza de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado, que julgou improcedente a ação declaratória de ilicitude de procedimento fiscal movida contra o Estado de Minas Gerais.

Não obstante titulada de declaratória, a ação buscava ainda a condenação do Estado à devolução de tudo o que fora apreendido na criticada diligência.

A digna Sentenciante entendeu que a diligência realizada tinha sustentação legal, com o fim de proceder à verificação e levantamento fiscal, por ter o contribuinte infringido os artigos 16, III, e 42 da Lei 6.763/75 e artigos 191 e 193 do RICMS/96.

Entendeu, mais, que não restou demonstrada a prática de quaisquer arbitrariedades pelos agentes fiscais, sendo que a operação foi documentada com a lavratura de termos e realizada na presença do contribuinte, que inclusive assinou autorização para que o material fosse aberto e transcrito.

No arrazoado recursal, a autora insiste em que o procedimento se deu sem anuência da mesma ou do Juízo competente; tendo sido imposta ao gerente a assinatura de diversos documentos. Alega que não foi enfrentada a questão de que a fiscalização adentrou as dependências da apelante e lá permaneceu contra sua vontade expressa e que examinou as correspondências da empresa e dos sócios e os extratos bancários da empresa e de um dos sócios, apreendendo tudo.

Pede, em preliminar, a apreciação do agravo retido às fls. 59/60; alega que o réu não negou os fatos, motivo pelo qual deveria ser aplicado o dispositivo do artigo 302 do Código de Processo Civil, e afirma que a prova testemunhal requerida tinha como objetivo reforçar as provas já existentes, no sentido da ilegalidade da conduta da fiscalização, estando, assim, caracterizado o cerceamento de defesa.

No que diz respeito ao agravo retido, a própria agravante dá razões para seu desprovimento, quando afirma que a prova testemunhal pretendida se destinava ao reforço de provas já existentes. Ou seja, admite que estava apenas a acrescer prova repetitiva.

No requerimento, indeferido, de fl. 57, a autora assim se manifestou:

"A prova ora requerida tem o objetivo de provar (ainda mais) os fatos alegados na inicial".

Ora, para que provar o que já está provado? Provar ainda mais significa repetir prova já existente.

A dilação probatória se mostrava absolutamente desnecessária, no dizer da própria autora.

Ademais, dúvida não há de que houve a operação denunciada, restando apenas o exame de questão de direito, pertinente à legalidade, ou não, de tal operação.

Não houve cerceamento de defesa, mas simples dispensa de diligência inútil, por repetitiva.

Nego provimento ao agravo retido.

No que diz respeito ao apelo, vejo, em parte do arrazoado, há alegação de que a sentença não enfrentou a alegação de que a fiscalização adentrou as dependências da apelante e lá permaneceu contra sua vontade expressa, e que examinou e apreendeu correspondências e documentos da empresa e de um dos sócios.

Isso constitui preliminar de nulidade da sentença.

Sobre o tema, penso que labora em equívoco a apelante, na medida em que a leitura da sentença permite a constatação de que deu ela deslinde a tudo o que foi debatido. A partir do momento em que a sentença discorreu sobre a legalidade da operação, inclusive com referência a textos legais, não estava ela obrigada a descer a detalhes, individualizando cada ato praticado.

Rejeito a preliminar.

No que diz respeito ao mérito, a sentença está correta, como correto foi o procedimento fiscal.

Nem seria necessário fazer maiores considerações quando se vê que a representante do contribuinte firmou documentos relativos à operação. A alegação de que foi o cidadão obrigado a assinar tais documentos não socorre a apelante, na medida em que ninguém é obrigado a assinar coisa alguma. Assim como está questionando a operação somente agora, poderia a apelante tê-lo feito no momento de sua realização, não apenas se recusando a assinar os respectivos documentos, como até impedindo a atuação fiscal; o que geraria lavratura de termo circunstanciado, que poderia ser questionado em juízo.

Dúvida não há, pois, de que a operação foi consentida.

Mas, ainda que não fosse, não seria ilegal ou simplesmente irregular, porque o Fisco tem o direito de visitar contribuintes, de examinar seus livros e, constatando dúvida, recolher livros e documentos para verificação; restando como única exigência a lavratura de documento descritivo do que foi feito e apreendido. Exigir ordem judicial seria inviabilizar a medida, eis que, constatada a irregularidade, e se retirando o agente fiscal em busca de mandado judicial, seria fácil a qualquer contribuinte desviar ou ocultar a documentação a ser recolhida.

Por isso é que o Fisco - sem abusos - tem o direito de visitar, examinar e recolher, desde que o faça direcionado a uma apuração fiscal, e que de tudo lance recibo.

Quanto à questão da data do termo de início de ação fiscal, entendo que a fiscalização pode ser iniciada com a visita física, lavrando-se o termo posteriormente; mesmo porque, se nada for constatado no exame preliminar, feito na visitação, sequer se torna necessária a formalização do início da verificação fiscal.

A respeito da alegação de que havia documentos de terceiros, inclusive bancários, cumpre dizer que cabia à autora-apelante demonstrar sua existência; o que só poderia fazer exigindo que no documento de fl. 23 - que assinou sem qualquer ressalva - fossem todas aquelas peças individualizadas.

Se procedimento desastrado houve, isso se deu por parte da pessoa que, no ato, representava a

apelante, que a tudo assistiu sem se irresignar; pelo contrário, com tudo concordou e a tudo autorizou, conforme fazem prova os documentos juntados pela própria apelante.

A sentença está correta - repito, e se sustenta pelos próprios fundamentos; que aqui adoto.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - CLÁUSULAS CONTRATUAIS - REVISÃO - LANÇAMENTOS ABUSIVOS - ALEGAÇÃO ABSTRATA - INÉPCIA DA INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO

- A jurisdição, não tendo função declaratória, só revisa cláusulas contratuais para estabelecimento de efeitos concretos do processo. Não basta que o contratante cite leis variadas e peça revisão dos contratos com base em referidas leis, devendo inclusive o pedido de restituição ser expresso com o que foi pago a maior.

- Se o pedido do autor é para que o juiz faça a análise do contrato, corrigindo-o, reelaborando-o, sem que tenha indicado expressamente a causa do vício contratual e sem relatar fatos individuados e delimitados, pretendendo que o juiz apure os fatos e posteriormente declare a incidência do direito sobre o apurado, para tal fim não se presta a ação declaratória, devendo, nesta hipótese, ser extinto o processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.873911-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial: Ação declaratória - Cláusulas contratuais - Revisão - Lançamentos abusivos - Alegação abstrata - Inépcia da inicial - Extinção do processo sem julgamento de mérito. - A jurisdição, não tendo função declaratória, só revisa cláusulas contratuais para estabelecimento de efeitos concretos do processo. Não basta que o contratante cite leis variadas e peça revisão dos contratos com base em referidas leis, devendo inclusive o pedido de restituição ser expresso com o que foi pago a maior. Petição inepta, processo extinto sem julgamento de mérito.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de março de 2004. - *Emane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Emane Fidélis - Não há dúvida de que as alegações da petição inicial e das demais peças, onde a parte teve oportunidade de se pronunciar, trouxe, genericamente, algumas questões jurídicas como as relacionadas com reajuste de prestações de pagamento de casa própria, alegação de juros capitalizados, amortização de dívida e valor pago a maior.

Em tese, é proibida a capitalização de juros fora dos casos permitidos em lei, bem como se proíbe cumulação de comissão de permanência com correção monetária e que toda a dívida paga a maior pode provocar reembolso.

O pedido do apelante foi, na verdade, no sentido de que o Juiz, levando em consideração o que, abstratamente, e em tese, conforme se disse, o que seria ilegal, fizesse revisão de cláusulas abusivas e recalculasse a dívida, substituindo até a vontade dos contratantes.

A jurisdição só atua, devidamente provocada, para solução de casos concretos, conforme exposto pela parte autora.

A atuação jurisdicional pode consistir em simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica. Neste caso, mister se faz que referida existência, ou inexistência, seja alegada em seus elementos básicos, com a perfeita delimitação do pedido, sobre a qual a declaração incidirá. Conforme bem lembra ADROALDO FABRÍCIO:

> O que por sentença se pode declarar é a relação, não algum elemento isolado dela: não o fato em si ou a norma em abstrato, mas a incidência de norma sobre o fato (*Ação Declaratória Incidental*, Forense, 1976, p. 55).

Como um dos atributos da jurisdição, admissível é a revisão de cláusulas contratuais, com provimento acentuadamente declaratório, mas, como a declaração só se faz para definir relações jurídicas, dita revisão só é possível, para estabelecimento de efeitos concretos que decorram de referidas cláusulas, com definição dos direitos e obrigações respectivos, havendo, inclusive, de se demonstrar interesse para o devido provimento.

Tem-se, pomposamente, dado o nome de ação de revisão de cláusulas contratuais a tal tipo de procedimento, mas, em vigor ainda, mercê de Deus, o CPC, a ação declaratória só tem cabida não na análise genérica da cláusula em si, e sim na aferição da existência ou não da relação jurídica, com seus específicos efeitos. Toda cláusula contratual, em si, é neutra, podendo ser considerada abusiva apenas do ângulo de projeção de seus efeitos, isto é, quando devem produzir efeitos que não podem ser produzidos.

O que se está pretendendo com este procedimento é que o Judiciário faça a devida análise do contrato, corrija-se o que entender necessário e o reelabore, de forma que o devedor pague o mínimo do que contratou, sem que, ao menos, tenha indicado expressamente a causa do vício contratual. Não é esta, todavia, a função da jurisdição, já que toda e qualquer declaração jurisdicional só pode incidir sobre a relação jurídica concretamente e não anular ou substituir cláusulas contratuais, sem atenção a qualquer efeito produzido.

Sem o poder revisional, e muito menos investigatório, como se pretende, a jurisdição só atua provocada, para declarar o direito e as respectivas obrigações, em forma concreta, o que não se atinge, se se faz apenas a análise isolada da cláusula do contrato, nascendo o interesse processual de ação apenas quando dela se intenta extrair o respectivo efeito.

A inicial não descreve, na realidade, nenhum fato sobre o qual poderia haver consideração de ilegalidade ou não. O que se pretendeu foi que o próprio Juiz apurasse fatos e, posteriormente, declarasse a incidência do direito sobre o apurado. Ora, a ação declaratória não se presta a tal fim: à parte compete a alegação do fato concreto, para que o juiz, fazendo a apreciação jurídica do mesmo, dê-lhe a qualificação e respectivas conseqüências.

Com tais considerações; *data venia*, bem é de ver que a inicial merecia indeferimento de plano, já que não relatava fatos individuados e delimitados, para que, concretamente, recebessem a devida apreciação, pelo que nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença recorrida, mas modificando o dispositivo para extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Manuel Saramago - De acordo.

O Sr. Des. Edilson Fernandes - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FALTA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO DO PEDIDO SEM A APRECIAÇÃO DA QUESTÃO DE MÉRITO

- A execução de obrigação de fazer e de não fazer, prevista nos arts. 632 e 641 do Código de Processo Civil, pressupõe a existência de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, ou de um título executivo formal equivalente, e não admite procedimento comum, ou ordinário, sujeito ao processo de conhecimento. Logo, se o autor não detém o título executivo judicial ou extrajudicial a ser executado, justifica-se o indeferimento da inicial, por sua inépcia.

- A aprovação do parcelamento do terreno é matéria privativa da administração municipal, no exercício do seu poder discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário a apreciação do mérito dessa questão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 339.003-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Execução de obrigação de fazer - Falta de título executivo judicial ou extrajudicial - Inépcia da petição inicial - Indeferimento do pedido sem a apreciação da questão de mérito - Apelação improvida. - Por constituir a ação de obrigação de fazer, prevista nos artigos 632 e 641, pertencente ao Capítulo das Execuções em geral, do Título II do Livro II do CPC, forma de execução, pressupondo a existência de um título executivo judicial ou extrajudicial, e não de ação ordinária sujeita ao procedimento comum e ao processo de conhecimento, e por não possuir o autor tal título contra os réus, impõe-se a confirmação da sentença pela qual foi indeferida a petição inicial, pondo termo ao seu pedido, sem a apreciação da questão de mérito.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, a Dr.ª Léa Maria Drumond de Brito.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

Impõe-se a confirmação da sentença pela qual o MM. Juiz indeferiu por inepta a inicial.

Trata-se de ação de obrigação de fazer tendo por objeto uma parte do lote 15 da quadra 16 do Bairro Planalto, nesta Capital, correspondente a aproximadamente 130m² em forma triangular com fundações de uma casa, proposta pelos autores contra os réus, ao argumento de que, com a valorização do terreno em decorrência da construção da Avenida Cristiano Machado, os dois primeiros réus procederam de má-fé, construindo clandestinamente padrões de água e luz na área remanescente desse terreno, em decorrência da desapropriação de sua parte frontal, plantando árvores e recusando-se a receber pessoalmente dos autores o pagamento do IPTU da referida parte do lote que lhes venderam, uma vez que ainda não havia o desmembramento cadastral do referido terreno para efeito de incidência desse imposto, e de que, frustradas as tentativas de conciliação verbal e não atendida a notificação para que retirassem do terreno as árvores e os padrões de água e de luz, se viram obrigados a ingressar em juízo para a obtenção dessas providências.

A inicial, confusa e prolixa, formulada simultaneamente contra os supostos invasores do terreno e edificadores das benfeitorias nele existentes, contra o Município de Belo Horizonte, os respectivos departamentos nela mencionados, a Cemig e a Copasa, objetivando o cumprimento de obrigações distintas, sem a comprovação do necessário interesse processual do autor, não podia prosperar.

A execução de obrigação de fazer e de não fazer, prevista nos arts. 632 e 641 do Código de Processo Civil, invocados na inicial pelo autor, ora apelante, constitui, na realidade, forma de execução, pressupondo a existência de um título executivo judicial ou extrajudicial ou, mais precisamente de uma sentença condenatória com trânsito em julgado ou um título executivo formal equivalente, e não forma de procedimento comum, ou ordinário, sujeito ao processo de conhecimento, como pretende o apelante.

Pertence esse processo ao Capítulo das execuções em geral, do Título II do Livro II do Processo de Execução, e não ao do procedimento ordinário, previsto no Capítulo I do Título VIII do Livro I desse mesmo Código, através do qual se busca a constituição do título executivo consistente em uma sentença a ser executada por uma das formas previstas no capítulo das execuções.

E, não existindo no caso presente o título executivo judicial ou extrajudicial a ser executado, a pretensão do autor não podia prosperar, justificando-se por esse motivo o indeferimento da inicial, por sua inépcia.

Ocorre, além disso, que a aprovação do parcelamento do terreno é matéria privativa da administração municipal, no exercício do seu poder discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário a apreciação do mérito dessa questão, como consta acertadamente da sentença apelada, não havendo também justificativa para a exigência do cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer não assumida ainda que indiretamente para com o autor pela Copasa e pela Cemig, por não possuir o autor título executivo judicial ou extrajudicial cuja execução possa ser por ele pleiteada contra essas empresas.

Não dispõe o autor, finalmente, de título executivo contra os confinantes do terreno, ora primeiros réus, só podendo insurgir-se contra estes pela via do processo de conhecimento, conforme o caso, seja o sujeito ao procedimento ordinário, seja mediante o procedimento especial, não podendo vingar o processo de execução consistente na exigência do cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Senhor Presidente. Registro que ouvi com atenção merecida as palavras da tribuna produzidas pela Dr.ª Léa Maria Drumond de Brito e não tenho como divergir do voto proferido pelo eminente Relator, uma vez que essas questões contidas apreciadas não foram destruídas pela sustentação produzida da tribuna, razão pela qual estou aderindo ao voto proferido pelo eminente Relator.

O Sr. Des. Silas Vieira - Senhor Presidente, eminentes Pares. Ouvi com a devida atenção a sustentação produzida da tribuna. Não tenho dúvidas de que o pedido é juridicamente impossível, vez que, inexiste no caso, título judicial ou extrajudicial a ser executado, daí por que acertada a decisão monocrática ao decretar a inépcia da petição inicial. Com tais expendimentos, acompanho o eminente Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

CURATELA - MENOR - INAPLICABILIDADE - PODER FAMILIAR INCIDENTE - CONDIÇÃO DA AÇÃO - INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- O instituto da curatela somente é aplicável aos maiores incapazes de gerir sua pessoa e bens, não alcançando os menores, cuja proteção se dá sob a égide do poder familiar ou tutela. Portanto, o processo, no qual a mãe pleiteia a interdição de sua filha menor, deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, não só por faltar-lhe interesse processual, como também ante a impossibilidade jurídica do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0188.00.003735-1/001 - Comarca de Nova Lima - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Curatela - Menor - Instituto inaplicável - Poder familiar incidente - Falta de condição da ação - Extinção do processo. - O instituto da curatela somente é aplicável aos maiores incapazes de gerir sua pessoa e bens, não alcançando os menores, cuja proteção se dá sob a égide do poder familiar ou da tutela. Portanto, o processo, no qual a mãe pleiteia a interdição de sua filha menor, deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, não só por faltar-lhe interesse processual, como também ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2004. - *Orlando Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, presentes os pressupostos genéricos e específicos que condicionam sua admissibilidade.

H.N.D. ajuizou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima ação de interdição e curatela de sua filha C.N.D., tendo a r. sentença de fls. 35 julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Decidiu o ilustre Magistrado, em resumo, que:

> a curatela é o encargo atribuído a alguém capaz de reger a pessoa e os bens daquele que não pode fazê-lo por si mesmo, em razão de doença mental ou causa equivalente. Destina-se, em regra, a proteger *maior* acometido de alguma das causas de incapacidade (...).

No caso dos autos, observa o Juiz que a interditanda é menor de 16 anos e, portanto, absolutamente incapaz, conforme dispõe o art. 3º do novo Código Civil, estando submetida, portanto, ao poder familiar exercido pela autora, sua mãe. Deste modo, conclui que não há interesse de agir no presente feito, uma vez que, se deferido o pedido, a interditanda será novamente declarada incapaz, situação que já ocorre em razão de sua menoridade, daí os termos da sentença recorrida.

Em recurso de apelação de fls. 38/40, a recorrente alega que o Magistrado nem mesmo abriu vistas ao Orgão Ministerial para apresentação de parecer, mas simplesmente julgou extinto o processo sem análise de seu mérito em razão da falta de interesse de agir.

Informa que a requerida

> é agora e sempre absolutamente incapaz e por tal motivo exige o INSS a sua interdição e a nomeação de um curador para que possa receber o benefício a que faz jus.

Diz que a jurisprudência vem admitindo a curatela de incapazes em qualquer idade, pugnando pela cassação da sentença para que outra se prolate com o exame do mérito.

O Ministério Público de primeiro e o de segundo grau opinam pelo desprovimento do recurso.

Compulsei cautelosamente a hipótese dos autos, e o recurso não está mesmo a merecer provimento, com todo o respeito.

A preliminar é inconsistente porque ainda que não tenha sido aberta vista ao Ministério Público para oferecimento de parecer final, seu representante já se havia manifestado anteriormente no feito, não havendo que se falar em nenhuma nulidade em razão disso, até mesmo porque nenhum prejuízo foi ocasionado à interditanda.

Em sede de mérito, a sentença não está a merecer nenhum reparo. Com acerto o Magistrado ao anotar que não há interesse de agir no presente feito, uma vez que, se deferido o pedido, a interditanda será novamente declarada incapaz, situação que já ocorre em razão de sua menoridade.

É o entendimento jurisprudencial ao qual me filio:

> Número do processo: 1.0000.00.304048-2/000(1) - Relator: Pedro Henriques - Data do acórdão: 27.12.2002 - Data da publicação: 30.05.2003.
>
> Interdição de menor absolutamente incapaz - Impossibilidade jurídica do pedido - Falta de interesse processual. - Não é admissível o pedido de interdição de menor, contando treze anos de idade, porquanto a curatela é um instituto destinado à proteção apenas dos maiores acometidos por alguma incapacidade de gerir seus destinos ou seus bens, cabendo a proteção dos menores àqueles que exercem o pátrio poder ou a tutela.
>
> E ainda:
>
> Relator: Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Data do acórdão: 08.06.2000 - Data da publicação: 21.06.2000
>
> Curatela - Menor - Instituto inaplicável - Pátrio poder incidente - Falta de condição da ação - Extinção do processo. - O instituto da curatela somente é aplicável aos maiores incapazes de gerir sua pessoa e bens, não alcançando os menores, cuja proteção se dá sob a égide do pátrio poder ou da tutela. Portanto, o processo, no qual a mãe pleiteia a interdição de sua filha menor, deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, não só por faltar-lhe interesse processual, como também ante a impossibilidade jurídica do pedido. Prejudicada a apreciação do apelo.

Em resumo, torna-se impossível se vislumbrar o interesse de agir da apelante, como bem observou o ilustre Procurador de Justiça, visto que a esta já incumbe o dever de representar sua filha na prática dos atos civis, sendo, a toda evidência, inviável a interdição da menor.

Com essas considerações, estou negando provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

CRÉDITO RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - ALONGAMENTO DA DÍVIDA (SECURITIZAÇÃO) - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - AÇÃO ORDINÁRIA - VALOR DA CAUSA

- Em ação ordinária em que o produtor rural visa à renegociação do débito relativo a cédulas rurais pignoratícias, ainda que esta seja conforme as regras inerentes à securitização, o valor da causa deve equivaler ao do contrato, nos termos do art. 259 do CPC.

- O alongamento da dívida rural constitui direito subjetivo do mutuário, e não mera faculdade das instituições financeiras e dos agentes financeiros do sistema nacional de crédito rural, impondo-se-lhes o poder-dever de proceder à securitização das dívidas dos produtores rurais, desde que satisfeitas as exigências legais, na forma, tempo e modo próprios, de acordo com a Lei nº 9.138/95, com os acréscimos da Lei nº 10.437/02.

- Se o devedor rural se encontra inadimplente com suas obrigações e não requereu tempestivamente o alongamento da dívida originária do crédito rural, segundo as normas expressas nas Leis nºs 9.138/95 e 10.437/02, não faz ele jus ao alongamento pleiteado, eis que não se amolda aos requisitos autorizadores da benesse. Não tendo o devedor demonstrado o cumprimento dos requisitos legais, não pode o Judiciário impor ao credor a obrigatoriedade do alongamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.069308-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Ação ordinária - Cédula rural pignoratícia - Valor da causa - Alongamento da dívida (securitização) - Não-preenchimento dos requisitos legais - Recurso a que se nega provimento. - Visando a apelante à renegociação de seu débito, ainda que segundo as regras inerentes à securitização, o valor da causa deve equivaler ao do contrato, nos termos do art. 259, V, do CPC. Requerido tempestivamente e satisfeitos os requisitos da Lei nº 9.138/95 e alterações posteriores, o alongamento da dívida rural constitui direito subjetivo do mutuário, e não mera faculdade do credor. Em momento algum a recorrente se desincumbiu do ônus de comprovar que fazia jus ao alongamento, pelo que não pode o Poder Judiciário impor ao credor a obrigatoriedade do alongamento.

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, 17 de fevereiro de 2004. - *Orlando Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de ação de procedimento ordinário interposta por Agropecuária Catelda S.A. em face do Estado de Minas Gerais, visando à condenação deste, na qualidade de sucessor da extinta Minas Caixa, a proceder à operação de alongamento do débito relativo às cédulas rurais pignoratícias nºs 81/8.112 e 83/2.337.

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 263/268, por fiel, acrescentando que o pedido foi julgado improcedente, sendo a autora condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor à causa atribuído. Na mesma sentença, foi provido incidente processual de impugnação ao valor da causa, para fixar tal valor em R$229.516,47.

Às fls. 270/295, a autora interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que o alongamento da dívida rural, nos termos da Lei nº 9.138/95, constitui direito subjetivo do mutuário, e não mera faculdade do credor. Requer, ainda, a apreciação das matérias suscitadas e não decididas, relativas aos critérios de cobrança dos encargos dos financiamentos rurais em questão, quais sejam: vedação da cobrança de juros acima do percentual de 12% ao ano; aplicação do IPC, em substituição do índice de remuneração da poupança, no período de fevereiro a maio de 1990; vedação da incidência de correção monetária, no mês de março de 1990, superior a 41,28%; vedação de correção monetária fundada em encargos remuneratórios, tais como a TR e a TJLP. Pugna, ainda, pela reforma da decisão relativa à impugnação ao valor da causa, sustentando que não pretende anular a dívida, mas, tão-somente, renegociá-la. Requer seja mantido o valor à causa atribuído na exordial (R$25.000,00). Pede o provimento ao recurso.

Às fls. 298/305, o Estado de Minas Gerais apresenta contra-razões, refutando as alegações dos apelantes.

A questão não foi submetida à apreciação da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço do recurso, eis que presentes os legais pressupostos de admissibilidade.

Permito-me analisar, de início, a questão relativa à impugnação do valor da causa.

Segundo o inciso V do art. 259 do CPC,

> quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão do negócio jurídico, o valor da causa será o do contrato.

Assim, visando a apelante à renegociação de seu débito, ainda que segundo as regras inerentes à securitização, entendo que o valor da causa deve equivaler ao do contrato, ou seja, R$229.516,47, conforme informações de fls. 03/21 dos autos do incidente processual apenso (Proc. nº 0024.00.105311-5).

Com relação à securitização, importante destacar que a matéria é de acirrada discussão nos tribunais do País, com entendimentos a favor e contra a tese sustentada pela apelante. Entretanto, *data venia* dos posicionamentos contrários, entende este Relator que o alongamento da dívida, previsto na Lei nº 9.138/95, não é mera faculdade das instituições financeiras e dos agentes financeiros do sistema nacional de crédito rural, dada a natureza da medida, custeada com recursos públicos, e o interesse econômico.

Impõe-se-lhes, portanto, o poder-dever de proceder à securitização das dívidas dos produtores rurais, desde que satisfeitas as exigências legais, na forma, tempo e modo próprios, de acordo com a Lei nº 9.138/95, com os acréscimos da Lei nº 10.437/02.

Dispõe o art. 5º da Lei nº 9.138/95:

> São as instituições e os agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural, instituído pela Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, autorizados a proceder ao alongamento de dívidas originárias de crédito rural, contraídas por produtores rurais, suas associações, cooperativas e condomínios, inclusive as já renegociadas, relativas às seguintes operações, realizadas até 20 de junho de 1995.

Primeiramente, há que se ressaltar que a recorrente juntou aos autos cópia das cédulas rurais pignoratícias nºs 81/8.112 e 83/2.337 (fls. 127/147), datadas, respectivamente, de 23.12.1981 e 05.09.1983; portanto, se enquadrando no requisito previsto na legislação retro, que determina o alongamento das dívidas originárias de crédito rural contraídas até 20.06.1995.

Por outro lado, a Lei nº 10.437/2002 dispõe, no § 1º do art. 1º, acerca do alongamento das dívidas originárias de que trata a Lei 9.138/95, determinando, entre outras coisas, que, para adesão às condições previstas no citado artigo, os mutuários deverão estar adimplentes com suas obrigações ou regularizá-las até 29 de junho de 2002.

Pelo que se vislumbra dos autos, a apelante encontra-se inadimplente, tendo sido ajuizada, inclusive, execução pelo credor (autos em apenso), não se amoldando, nesse ponto, aos requisitos autorizadores do pleiteado alongamento.

Demais, não consta dos autos qualquer solicitação administrativa, por parte da apelante, do alongamento de seu débito, tornando-se inviável, portanto, a aferição da tempestividade do requerimento da benesse.

Permito-me colacionar:

> Direito Comercial e Processual Civil - Recurso especial - Alongamento de dívida rural - Banco - Exercício de atribuições do Poder Público - Existência de direito subjetivo do devedor rural. - O Banco responsável por verificar o preenchimento das condições estipuladas na Lei nº 9.138/95 e conceder alongamento de dívida rural atua no exercício de atribuições do Poder Público.
>
> Constitui direito subjetivo do devedor, *desde que atendidos os requisitos estipulados na Lei nº 9.138/95*, o alongamento de dívida originária de crédito rural. Precedentes. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp 158.001/MG, 3ª Turma, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, in *DJU* de 01.10.2001) (grifei).
>
> Direito econômico. Crédito rural. Securitização. Alongamento da dívida rural. Lei 9.138/95. - Ao produtor rural é que foi conferida a faculdade de, querendo, valer-se do procedimento de alongamento de suas dívidas originárias do crédito rural de que trata o art. 5º da Lei nº 9.138/95, não sendo lícito à instituição financeira, por interesses diversos, denegar o pedido, *desde que requerido tempestivamente e satisfeitas as contingências arroladas no mencionado dispositivo legal*, como na espécie. - Recurso conhecido e provido. (REsp 205.884/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, in *DJ* de 02.08.1999) (grifei).

Verifica-se, portanto, que a apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar que fazia jus ao alongamento, segundo as normas expressas das leis retromencionadas.

Não demonstrado o cumprimento dos requisitos legais, o que ocorreu no caso em análise, não pode o Poder Judiciário impor ao credor a obrigatoriedade do alongamento.

Quanto às demais alegações, inerentes aos critérios de cobrança dos encargos dos financiamentos rurais em questão, impõe-se o reconhecimento de litispendência, eis que as mesmas foram objeto dos embargos de devedor em apenso.

Enfim, por tais razões, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

VEREADOR - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICAÇÃO AUTOMÁTICA, ENQUANTO DURAREM OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

- Em conformidade com o inciso III do art. 15 da Constituição Federal, que se reveste de auto-aplicabilidade, a suspensão do mandato de vereador por condenação criminal deve ocorrer, independentemente de qualquer formalidade, enquanto durarem os efeitos da condenação.

- A condenação por sentença criminal transitada em julgado não se encontra entre os itens enumerados no art. 4º do Decreto-lei nº 201/67, que estabelece as infrações político-administrativas sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 341.466-1/00 - Comarca de Miradouro - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Suspensão dos direitos políticos - Art. 15, inciso III, da Constituição Federal - Aplicação automática, enquanto durarem os efeitos da condenação. - Nos termos do artigo 15, II, da CF/88, os vereadores que sofrerem condenação criminal têm suspensos os seus direitos políticos, restrita tal suspensão, entretanto, à duração dos efeitos da sentença condenatória com trânsito em julgado.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

O.Sr. Des. Wander Marotta - Paulo Silveira de Lima impetrou mandado de segurança contra a Mesa da Câmara Municipal de Miradouro alegando, em síntese, que, tendo sido condenado por crime contra a vida, cumpriu integralmente a pena que lhe foi atribuída, já estando na posse de todos seus direitos civis e eleitorais. Entretanto, foi surpreendido com a Resolução nº 01/2002, que lhe cassou o mandato de vereador por ter sofrido condenação criminal com sentença transitada em julgado. Sustenta ser essa resolução inconstitucional, pois já foi reintegrado em seus direitos políticos e não lhe foi deferida oportunidade de defesa, razão pela qual tem direito líquido e certo a ser reintegrado no cargo para o qual foi eleito.

O MM. Juiz da Comarca de Miradouro acolheu a alegação de inconstitucionalidade da resolução supramencionada e do artigo 39, § 3º, da Lei Orgânica do Município, em razão do disposto no artigo 55, inciso VI, da CF/88, concedendo a segurança pleiteada para determinar a recondução do impetrante ao cargo de vereador, estando a sentença sujeita a reexame necessário.

A autoridade coatora, como bem observou o representante do Ministério Público, cassou o mandato do impetrante sem obediência ao procedimento previsto na lei. Não se observou o quórum necessário ou o devido processo legal, visto que não se lhe assegurou oportunidade de defesa ou de manifestação antes da cassação do seu mandato.

O art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal é expresso no sentido de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", não mais prevalecendo o princípio da "verdade sabida" a possibilitar a aplicação imediata de pena.

Leciona MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, 12ª ed., Atlas Ed.: São Paulo: 2001):

Segundo o princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por HELY LOPES MEIRELLES e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1879. (...)

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Em decorrência disso, a Administração não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei[1] (p. 68).

E continua a autora:

Partindo-se da idéia de elemento do ato administrativo como condição de existência e de validade do ato, não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determina a sua invalidade. É verdade que, na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento. Neste último, existe, na realidade, uma sucessão de atos administrativos preparatórios da decisão final; cada ato deve ser analisado separadamente em seus cinco elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Ocorre que tanto a inobservância da forma como do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato. Por exemplo, se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou vício naquele procedimento invalida a demissão, ainda que esta estivesse correta, isoladamente considerada.

Não há dúvida, pois, que a observância das formalidades constitui requisito de validade do ato administrativo, de modo que o procedimento administrativo integra o conceito de forma (p. 192).

A cassação do mandato do impetrante ocorreu sem submissão ao devido processo legal, através de mera resolução, não tendo sido obedecido, além disso, o procedimento previsto para a espécie, sintetizado no Decreto-lei 201/67, cujo § 1º do art. 7º estabelece que o processo de cassação de mandato de vereador é, no que couber, o estabelecido no art. 5º deste decreto-lei, isto é, o mesmo estabelecido para o processo e julgamento de prefeito.

E, nos termos dessa regra:

Art 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quórum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante.

II - *De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento.* Decidido o recebimento, *pelo voto da maioria dos presentes*, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

III - Recebendo o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro em cinco dias, *notificando o denunciado*, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez. Se estiver ausente do Município, a notificação far-se-á por edital, publicado duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de três dias, pelo menos, contado o prazo da primeira publicação. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro em cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, o qual, neste caso, será submetido ao Plenário. Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

IV - *O denunciado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador*, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo-lhe permitido assistir às diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa.

V - Concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de cinco dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, o processo será lido, integralmente, e, a seguir, os Vereadores que o desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de quinze minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de duas horas, para produzir sua defesa oral.

VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, incurso em qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

VII - O processo, a que se refere este artigo, deverá estar concluído dentro em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. Transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos. Em razão disso, pode ser considerado ilegal o ato administrativo elaborado em descumprimento ao princípio do devido processo legal, inobservados, cumulativamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nos termos da Resolução nº 01/2002, emitida pela Câmara Municipal de Miradouro, em 13 de novembro de 2002, vê-se que a autoridade coatora, '... considerando o disposto no artigo 39, inciso V, da Lei Orgânica Municipal' resolveu:

> Art. 1º Declarar a perda do mandato do Vereador Paulo Silveira de Lima em virtude da condenação criminal já transitada em julgado, conforme certidão em anexo.

Esta resolução, porém, viola o disposto na Constituição Federal de 1988.

Em resumo, foi o impetrante condenado pela prática de crime tipificado no artigo 124, c/c artigo 29 do Código Penal. Tendo cumprido a pena que lhe foi imposta, o Juiz da Comarca de Miradouro, em 29 de agosto de 2002, julgou "extinta a punibilidade" (fl. 13)

Nos termos da Carta Magna:

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
>
> II - incapacidade civil absoluta;
>
> III - condenação criminal transitada em julgado, *enquanto durarem seus efeitos.*

Tal como ensina PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS:

> Os que sofreram condenação criminal têm suspensos os seus direitos políticos, *restrita a suspensão à duração dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado*, da qual decorre independentemente de qualquer formalidade, inclusive da menção no título sentencial. Não é uma pena que pode não ser aplicada, mas uma conseqüência ética, inafastável, da condenação, posta na Constituição Federal diretamente (*Direitos Políticos, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*. Saraiva, 1994, p. 18).

Também assim decidiu o STF:

> Suspensão de direitos políticos - Condenação penal irrecorrível - Subsistência de seus efeitos - Auto-aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição. - A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto-aplicabilidade, independendo, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável nos casos de condenação penal irrecorrível e *enquanto durarem os seus efeitos*, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* - a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves. (RMS 22.470 AGR/SP - Rel. Celso de Melo - *DJ* de 27.09.96 - STF).

O texto constitucional é expresso no sentido de que a suspensão dos direitos políticos é conseqüência automática da condenação criminal e vigora pelo tempo em que perdurarem seus efeitos, sendo vedado à lei municipal ampliar a hipótese de cassação dos direitos políticos, tal como se verifica da leitura do artigo 15 da CF/88.

Os juristas são unânimes em afirmar que, cessada a eficácia da sentença penal, há a reaquisição dos direitos políticos suspensos.

Tanto é assim que os efeitos da condenação criminal são atingidos pela reabilitação. É o que diz o art. 92 do CP. A CF menciona "enquanto durarem seus efeitos" e o parágrafo único do art. 93 do CP estabelece que a reabilitação atinge os efeitos da condenação. Com isso não há dúvida que a "reabilitação

dos direitos políticos" do condenado por crimes comuns, que não se enquadrem naqueles referidos pelo art. 92 do CP, suspensos pela condenação, só acontece com a reabilitação criminal do condenado.

Além disso, a condenação por sentença criminal transitada em julgado não se encontra dentre os itens enumerados no artigo 4º do Decreto-lei 201/67, que assim determina:

> Art 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais *sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato*:
>
> I - Impedir o funcionamento regular da Câmara;
>
> II - Impedir o exame de livros, fôlhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;
>
> III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;
>
> IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade;
>
> V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária;
>
> VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro;
>
> VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;
>
> VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interêsses do Município sujeito à administração da Prefeitura;
>
> IX - Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores;
>
> X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Sem custas.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE JUIZ INTEGRANTE DE TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL - CABIMENTO - INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O JULGAMENTO - DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA TURMA RECURSAL

- A competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato praticado por juiz da Turma Recursal do Juizado Especial é da própria Turma Recursal.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.03.400044-8/000 - Comarca de Contagem - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: Mandado de segurança contra ato de juiz integrante de Turma Recursal do Juizado Especial - Incompetência do Tribunal de Justiça - Declinação da competência para a Turma Recursal - Precedente da Corte Superior do Tribunal de Justiça. - A competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato praticado por Juiz da Turma Recursal é da própria Turma Recursal, tal como vem decidindo a Corte Superior do Tribunal de Justiça, com apoio em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos etc., acorda 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 DECLINAR DA COMPETÊNCIA.

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por João Marques dos Santos contra ato do Juiz da 1ª Turma Recursal de Contagem que indeferiu o pedido de reconsideração, por ausência de previsão legal.

Sustenta o impetrante que o ato da autoridade coatora violou o direito líquido e certo ao duplo grau de jurisdição e ao devido processo legal. Pede, por tais motivos, a concessão da segurança.

Decisão de fl. 15-TJ, proferida pelo Desembargador Kildare Carvalho, indeferindo o pedido de liminar.

Informações prestadas pela autoridade coatora à fl. 27-TJ.

Parecer do douto Procurador de Justiça Ricardo E. de Souza Mazzoni, às fls. 30/33-TJ, opinando pela denegação da segurança.

É o breve relato. Passo a decidir.

Preliminarmente, verifico a incompetência deste Tribunal para apreciação e julgamento deste mandado de segurança impetrado contra ato de Juiz de Turma Recursal de Juizado Especial.

Em julgamento recente, a Corte Superior deste Tribunal decidiu que a Turma Recursal é competente para apreciar o cabimento ou não de mandado de segurança contra sua própria decisão. A esse respeito, confira o Conflito Negativo de Competência Cível nº 294.450-2/00, da relatoria do Desembargador Roney Oliveira:

> Conflito negativo de competência civil - 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Juiz de Fora e Tribunal de Alçada de Minas Gerais - Reconhecimento da competência da suscitante para apreciação do cabimento ou não do mandado de segurança interposto contra sua própria decisão - Precedentes do STJ. (...)
>
> Perante o egrégio o Tribunal de Alçada, Telemar-Telecom MG S.A. impetrou mandado de segurança para desconstituir decisão da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Comarca de Juiz de Fora. Naquele Sodalício, o em. Relator da ação mandamental, Juiz Delmival de Almeida Campos, na decisão de fls. 52/53, lançada nos autos em 20.08.01, não conheceu da impetração pela incompetência do TA para apreciação da matéria, 'determinando a remessa dos autos à Turma Recursal do Juizado Especial de Juiz de Fora, que é o Órgão competente para conhecimento, processamento e julgamento do presente *mandamus*'.
>
> Contra tal decisão, interpôs a impetrante, o agravo regimental de fls. 55/60, levado a julgamento colegiado, oportunidade em que foi negado provimento ao recurso, cujo acórdão foi assim ementado (fls. 66):
>
> 'Agravo regimental - Mandado de segurança - Obrigação de fazer - Juizado Especial - Turma Recursal - Competência - Possibilidade. - Tendo-se como base o princípio insculpido no inciso I do art. 98 da Constituição Federal, a Turma Recursal do Juizado Especial é o órgão competente para julgar o mandado de segurança contra ato por ela própria praticado. - Agravo não provido e autos remetidos à Turma Recursal do Juizado Especial Cível'.
>
> Remetidos os autos à 1ª Turma Recursal de Juiz de Fora, reconheceu ela, por unanimidade e de forma concisa, à fl. 83, sua própria incompetência, suscitando o presente conflito, inicialmente distribuído ao Des. Hiparco Immesi, com posterior redistribuição a este Relator, para apreciação da Corte Superior, nos moldes do art. 13, § 9º, IX, do RITJMG.
>
> Após a dispensa de novas informações dos envolvidos no conflito, opinou a douta PGJ por sua acolhida, a fim de que se definisse a competência da Turma Recursal.
>
> Lavrado pelo culto Procurador de Justiça, João Câncio de Mello Júnior, trouxe aquele parecer, em seu pórtico (fls. 101), a seguinte ementa:
>
> 'Processual Civil. Decisão do Juizado Especial Cível que não conheceu do mandado de segurança sobre matéria de sua competência. Competência da própria Turma Recursal. A Lei nº 9.099/95, ao se referir a recursos - o mandado de segurança não é recurso - não transfere ao Tribunal de Alçada a competência para julgar ação de mandado de segurança'.
>
> É o relatório.
>
> Salientou o Juiz Edgard Penna Amorim, quando do julgamento, pela Segunda Câmara Cível do TA, do Agravo Regimental nº 348.209-3/01 (fls. 70/72):
>
> 'A matéria tem uma particularidade que a torna nova, pelo menos para mim, nesta Segunda Câmara Cível. Diferentemente de casos outros, recentes, que aqui julgamos, neste, a autoridade impetrada é a própria Turma Recursal do Juizado Especial, o que nos faz, como bem ressaltado pelo em. Juiz Primeiro Vogal, buscar subsídios em normas jurídicas outras que não aquelas que serviram de embasamento para considerarmos, como temos feito, competente a Turma Recursal para julgar mandado de segurança contra ato do juiz singular desse Juizado Especial.
>
> Agora, como se pode perceber, está-se diante de um ato judicial já da própria Turma Recursal. Há, constatadamente, uma lacuna legal, daí por que necessária sua colmatação com base em subsídios jurisprudenciais e, sobretudo, na interpretação teleológica da Constituição da República. Vale dizer: cabe mandado de segurança contra ato da Turma Recursal do Juizado Especial, a meu juízo, como garantia constitucional que é. Não se pode, pois, afastar, em tese o cabimento do *mandamus*.

Com relação à competência para julgamento por um dos dois tribunais estaduais mineiros, a meu juízo e na linha de precedente do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 315/Rio Grande do Sul, Relator o eminente Ministro Gueiros Leite, seria ela possível, desde que a Constituição Estadual fizesse essa previsão.

Porém, a Constituição Mineira prevê a competência originária para julgar mandado de segurança do Tribunal de Justiça, naqueles casos que especifica, no correspondente dispositivo, e a competência residual do nosso Tribunal, também para aqueles casos, sabidamente, voltados contra ato do juiz de direito, praticado em processo cuja competência recursal seja de nossa alçada.

Não havendo, assim, a previsão constitucional estadual da competência ou do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada para julgar o presente feito, que, repito, volta-se contra ato da Turma Recursal do Juizado Especial Cível de Juiz de Fora, cabe verificar a possibilidade lógica de se reconhecer essa competência a um dos dois tribunais superiores: ou o STJ ou o Supremo Tribunal Federal.

Sabemos que, quando se trata de ato praticado pelos tribunais estaduais ou mesmo pelos tribunais regionais federais, do trabalho ou não, a competência para conhecer e julgar o *mandamus* é do próprio tribunal. Assim dispõe o art. 21, inciso VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Com fundamento nesse dispositivo, é pacífica a jurisprudência nesta linha de que não cabe, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, julgar mandado de segurança contra ato de tribunais estadual. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, inadmitido recurso especial ou recurso ordinário contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial Cível, em mandado de segurança nessa Turma originariamente impetrado, ao fundamento - do ponto de vista literal até aceitável - de que a previsão constitucional do recurso ordinário, para o STJ, restringe-se às hipóteses de competência originária de tribunal e não considerando a Turma Recursal um tribunal, não admite o STJ recurso ordinário nesses termos. É o que se infere do acórdão em recurso em Mandado de Segurança nº 1.905-6, de Santa Catarina, Relator o eminente Ministro mineiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Assim sendo, não me parece haver outra alternativa - forte no princípio insculpido no inciso I do art. 98 da Constituição da República, que institui o Juizado Especial e confere à lei o estabelecimento da hipótese de julgamento, em sede recursal, por própria Turma a ele pertencente e formada por juízes de primeira instância - senão se entender que a garantia constitucional do mandado de segurança há de ser assegurada, nessas hipóteses, pelo julgamento do *mandamus* pela própria Turma Recursal do Juizado Especial, cabendo desta como de quaisquer outras decisões dessa Turma Recursal, apenas e, no máximo, o recurso extraordinário se, de fato, houver uma violação da Constituição da República.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão do eminente Relator e declinando da competência para o julgamento desse *mandamus* à Turma Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Juiz de Fora.

No mesmo diapasão, foi decidido, no STJ, quando do julgamento do AgRg no Recurso Ordinário em MS 12.218-DF, em 06.06.02:

'Ementa: Processo civil. Juizados Especiais. Mandado de segurança. Comportabilidade.

- Contra decisão de Turmas Recursais de Juizados Especiais, proferida nos limites de sua competência, é incomportável recurso ou mandado de segurança.

- Recurso a que se nega provimento'.

No corpo do respectivo acórdão, manifestou-se o Min. Castro Filho (Relator):

'(...) as decisões dos Juizados Especiais estão submetidas a controle do órgão de segundo grau, *in casu*, as Turmas Recursais, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 41 da Lei nº 9.099/95.

Desse modo, os Tribunais de Justiça não possuem competência originária nem recursal para reexaminar tais decisões, haja vista que a implementação dos Juizados Especiais teve por escopo dar maior celeridade à prestação jurisdicional, nos limites de sua competência. Possível se mostra, assim, a utilização do *mandamus* no âmbito dos Juizados Especiais, mas desde que submetido a julgamento pela própria Turma Recursal, de conformidade com a citada Lei nº 9.099/95. É o que se infere dos seguintes precedentes: ROMS 10.334/RJ, *DJ* de 30.10.00 (Rel. Min. Fernando Gonçalves), ROMS 10.235/MS, *DJ* de 25.10.99 (Rel. Min. Gilson Dipp) e AgRegRCL 948/RS, *DJ* de 19.11.01 (Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi)'.

Naquele mesmo voto, foram reproduzidos os seguintes julgados do próprio STJ:

'Processo civil. Mandado de segurança. Juizados Especiais. - O Tribunal de Justiça não pode rever, em mandado de segurança, o que foi decidido pelo Juizado Especial. Recurso ordinário não provido (ROMS 9.500/RO, *DJ* de 27.11.00, Rel. Min. Ari Pargendler)'.

'Juizado Especial Cível. Mandado de segurança. Tribunal de Justiça. - Inexiste lei atribuindo ao Tribunal de Justiça competência para julgar mandado de segurança contra ato da Turma Recursal do Juizado Especial Cível. Recurso ordinário improvido (ROMS 10.357/RJ, *DJ* de 1º.07.99, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)'.

'Juizados Especiais. - Não tem o Tribunal de Justiça competência para rever decisões desses Juizados, ainda que pela via do mandado de segurança (ROMS 9.065/SP, *DJ* de 22.06.98, Rel. Min. Eduardo Ribeiro)'.

Nessa mesma linha de entendimento:

'ROMS 12.392/MG, *DJ* de 18.03.02 (Rel. Min. Félix Fischer), ROMS 10.164/DF, *DJ* de 05.03.01 (Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca) ROMS 6.552/RS, *DJ* de 21.02.00 (Rel. Min. Paulo Gallotti) e ROMS 10.110/RS, *DJ* de 10.05.99 (Rel. Min. Waldemar Zveiter)'.

Após manifestação do Min. Relator, pediu vista dos autos, naquele mencionado julgamento, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, de cujo voto extraio a seguinte ementa de um acórdão da 4ª Vara dos Juizados Especiais DF, que extinguiu a ação sem julgamento do mérito:

'Competência. - Valor da causa superior a quarenta salários mínimos - Inviabilidade. - (...) O *writ* também foi extinto, sem exame do mérito, considerando o ilustre Relator a impossibilidade jurídica do pedido uma vez que a Constituição Federal delimitou a competência jurisdicional, descabendo o uso do remédio heróico, como substitutivo de Recurso previsto em lei'.

O agravo regimental interposto foi desprovido com esta ementa:

'Agravo regimental em mandado de segurança. 1. Recurso interposto para modificação de decisão que extinguiu mandado de segurança, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Descabimento. 2. Recurso improvido.

- 1. O mandado de segurança foi impetrado contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais. Ora, evidenciada está a impossibilidade jurídica do pedido, já que de decisão de Turma Recursal só são cabíveis embargos de declaração e recurso extraordinário. Nem a lei orgânica distrital, nem a lei de organização judiciária prevêem a possibilidade de interposição de recurso de Turma Recursal da Justiça Especial para o TJDFT, sendo a pretensão do recorrente de todo incabível. Com efeito, na hipótese, a ação de segurança estaria sendo usada como recurso.

- 2. Recurso improvido'.

Também foi salientado, na parte final do pronunciamento do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, que a sentença do Juizado Especial fora confirmada pela Turma Recursal, 'daí a impetração do *writ*, não conhecido, corretamente, por não ter o Tribunal de Justiça competência para rever, em mandado de segurança, as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais'.

Mutatis mutandis, se o Tribunal de Justiça não tem tal competência, competente também não há de ser o de Alçada.

De igual modo, nem aquele, nem este Tribunal, incompetentes para o julgamento da ação mandamental, poderão adentrar o seu mérito, sem que venham a suprimir a manifestação da Turma Recursal sobre o próprio cabimento ou não do *mandamus*.

Ex positis, decido o conflito em desfavor da suscitante (1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Juiz de Fora), competente para decidir, como melhor lhe parecer, o mandado de segurança.

Remetam-se-lhe, oportunamente, os autos deste conflito, observadas as cautelas regimentais.

Pelo exposto, declino da competência para a 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Contagem.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA.

-:::-

AGRAVO REGIMENTAL - DESPACHO DO RELATOR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE ANTECIPAÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL - DECISÃO IRRECORRÍVEL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 329 DO RITJMG

- As hipóteses de agravo regimental contra despacho ou decisão de relator de agravo de instrumento são, por força do art. 329 do RITJMG, as previstas no CPC, limitadas, assim, às dos incisos I e II do art. 527 do Código de Processo Civil, não cabendo aquele recurso contra despacho que decide pedidos de efeitos suspensivo ou de antecipação de pretensão recursal.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 1.0335.03.900288-6/002 - Comarca de Itapecerica - Relator: Des. EDGARD PENNA AMORIM

Ementa oficial: Agravo regimental - Despacho do relator em agravo de instrumento - Negativa de antecipação da pretensão recursal - Decisão irrecorrível - Ausência de previsão legal - Inteligência do art. 329 do RITJMG. - As hipóteses de agravo regimental contra despacho ou decisão de relator de agravo de instrumento são, por força do art. 329 do RITJMG, as previstas no CPC, limitadas assim às dos incs. I e II do art. 527, não cabendo aquele recurso contra o despacho que decide os pedidos de efeito suspensivo ou de antecipação da pretensão recursal. - Agravo regimental não conhecido.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Oitava 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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2003. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Trata-se de agravo regimental aviado por Silvério Moreira Rios (fls. 103/105-TJ) contra minha decisão de fls. 91/92-TJ, que negou a antecipação da pretensão recursal pleiteada no agravo de instrumento interposto pelo recorrente em face do Município de Itapecerica e outros.

Transcreva-se, por oportuno, excerto da decisão hostilizada:

> 4 - Da análise dos fatos e fundamentos declinados nas razões recursais (fls. 02/31-TJ) e na decisão objurgada (fl. 80-TJ), ainda não verifico presente o *fumus boni iure* para fins de deferir-se, em antecipação da tutela, a pretensão recursal.
>
> Com efeito, a decisão denegatória da liminar está amparada em prudente e cuidadoso parecer do Ministério Público, fls. 68/76-TJ, que, embora admita indícios de ilegalidade em torno da instalação do campus universitário em Itapecerica, registra ser prematuro o deferimento da liminar pretendida sem o devido aprofundamento no tocante à verificação daquelas irregularidades.
>
> Na verdade, o deferimento da medida urgente aqui pretendida adiantaria, nesta sede de cognição sumaríssima, o entendimento da Câmara, motivo pelo qual a antecipação da pretensão recursal deve escorar-se em elementos seguros contidos nos autos, melhor caracterizados após o contraditório.
>
> Lado outro, conquanto haja perigo de dano, os autos revelam que a praça de esportes já se encontra demolida e no terreno estão sendo construídas as redes de esgoto e as fundações (fls. 51/53-TJ).
>
> logo a paralisação das obras não teria como efeito a preservação do bem.
>
> Quanto ao repasse de verba pública, poder-se-ia dizer que, nestas circunstâncias, deveria ser evitado, contudo, *in casu*, a Administração Municipal participa em menor proporção no custeio do empreendimento, que corre, também, por responsabilidade de instituição de ensino dotada aparentemente de higidez financeira.
>
> Destarte, não concedo a antecipação da pretensão recursal colimada, pelos fundamentos acima declinados (fls. 91/92-TJ).

O recorrente bate-se pela reforma da referida decisão, aos argumentos, em síntese, de que: a) a transferência da praça de esportes, na qual está sendo realizada a obra embargada, da Administração Estadual para o Município-demandado seria ilegal e imoral; b) a Fundação responsável pelas obras de construção do *campus* universitário na área da praça estaria sob intervenção judicial e, portanto, desprovida de higidez econômica para restaurar os prejuízos sofridos pelo patrimônio público; c) encontrar-se-iam, assim, presentes os requisitos de concessão do provimento paralisatório da obra e de suspensão do repasse de recursos por parte do Município-agravado.

Da análise dos termos do Regimento Interno desta eg. Corte, logo se verifica que o presente agravo não merece ser conhecido, em face da não-previsão naquele texto e na lei processual de recurso contra decisão monocrática do Relator, que, fazendo as vezes do Colegiado, nega o efeito suspensivo ou a antecipação da pretensão recursal em autos de agravo de instrumento.

Com efeito, a interposição do agravo contra decisões monocráticas no âmbito deste Tribunal foi tratada no art. 329, Livro V, Seção II, do RITJMG, cujo teor ora se transcreve:

> Art. 329. Das decisões proferidas em processos jurisdicionais pelo Presidente ou pelo Primeiro Vice-Presidente do Tribunal, bem como pelo Relator do feito, caberá agravo, na forma da lei processual (grifos deste voto).

Neste particular, o Regimento desta eg. Corte obedece à estrita técnica legislativa ao remeter-se à lei processual quando se refere às hipóteses de insurgimento contra decisões monocráticas, já que o sistema legal pátrio não admite, em tese, a criação de figura recursal por meio de resolução, tipo normativo pelo qual é veiculado o RITJMG.

Na seqüência, o art. 333 do mesmo diploma regimental dispõe sobre a competência para processar e julgar o agravo regimental, invocando novamente a lei processual e aludindo à disciplina interna deste Tribunal, conforme o trecho abaixo transcrito:

> Art. 333. Interpõe-se o agravo para a Corte Superior, para grupo de câmaras ou para câmara isolada, conforme o caso, nos termos da lei e deste Regimento (grifos deste voto).

A previsão regimental seguinte, contudo, limitou-se a dispor sobre o processamento do dito recurso no âmbito deste eg. Tribunal de Justiça, deixando para a espécie normativa competente a previsão sobre quais decisões monocráticas seriam recorríveis, *in verbis*:

> Art. 334. Protocolada, a petição de agravo será juntada aos autos, independentemente de despacho, e apreciada pelo relator, que poderá:
>
> I - reconsiderar a decisão agravada;
>
> II - levar o agravo a julgamento pelo órgão competente, elaborando sucinto relatório, com pedido de dia, computando-se sua decisão como voto.

Logo, o supedâneo normativo do recurso aviado pelo agravante contra decisão de Relator em agravo de instrumento somente poderia estar na lei processual, mais precisamente no Código de Processo Civil, na parte em que está regulamentada a "Ordem dos Processos no Tribunal", ou nos artigos em que há previsão de poderes do Relator no agravo. Dentre tais dispositivos legais, merecem destaque os arts. 527, 557 e 558 do CPC, já que os chamados poderes do Relator no agravo de instrumento se concentram nos textos referidos.

Para o caso em exame, o art. 527 do CPC reclama atenção por trazer um rol de competências do Relator naquela espécie recursal, nos termos a seguir transcritos:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
>
> I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;
>
> II - poderá converter o agravo de instrumento em retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;
>
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão (...) (grifos deste voto).

Como visto, o CPC previu a possibilidade de o Relator do agravo negar-lhe, liminarmente, seguimento e, remetendo ao artigo 557 do CPC, abriu ensanchas à aplicação da espécie recursal prevista no § 1º daquele artigo.

A seu turno, no tocante à decisão do Relator que converte o agravo de instrumento em retido, o art. 527, inc. II, do Digesto Processual foi explícito ao prever recurso no prazo de cinco dias.

Entretanto, o mesmo fato não ocorreu em relação ao despacho que concede ou denega a antecipação da pretensão recursal ou o efeito suspensivo, já que não há no art. 527, inc. III, do CPC, ou no art. 558 do mesmo diploma legal, previsão recursal contra esse tipo de despacho do relator no agravo de instrumento.

Assim, ante a inexistência de previsão, no RITJMG e na legislação processual, de recurso contra a decisão do Relator que nega ou defere efeito suspensivo ou antecipação da pretensão recursal, não conheço do presente agravo.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

ENSINO SUPERIOR - FACULDADE INTEGRANTE DE UNIVERSIDADE PÚBLICA - GRATUIDADE - ART. 206, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - DISTINÇÃO DE GRAU - AUSÊNCIA - COBRANÇA DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA - ILEGALIDADE

- É ilegal a cobrança de renovação de matrícula em estabelecimento estadual de nível superior, uma vez que a gratuidade constante do art. 206, IV, da Constituição Federal/88 abrange as atividades educacionais e administrativas relativas aos cursos universitários, à ausência de norma legal expressa em sentido contrário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.602-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Ensino superior - Faculdade integrante de universidade pública estadual - Gratuidade - Art. 206, IV, da Constituição Federal - Distinção de grau - Ausência - Cobrança de renovação de matrícula - Ilegalidade - Confirmação da sentença em reexame necessário. - É ilegal a cobrança de renovação de matrícula em estabelecimento estadual de nível superior, uma vez que a gratuidade constante do art. 206, IV, da Constituição Federal abrange as atividades educacionais e administrativas relativas aos cursos universitários, à ausência de norma legal expressa em sentido contrário.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2003. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da remessa de ofício, decorrente da exigência do duplo grau de jurisdição.

Conheço igualmente da apelação, recurso próprio, tempestivo, sem preparo, por achar-se dele isento o apelante.

A sentença apelada não merece reparos.

Pretende a apelante que seja reformada a sentença pela qual foi concedida a segurança impetrada contra ato do Diretor da Faculdade de Educação da Universidade do Estado de Minas Gerais, à alegação de que a obrigação da gratuidade do ensino ofertado pelas escolas públicas, determinada pela Constituição, não se estende ao nível superior.

Não há no art. 206, inciso IV, da Constituição Federal, atinente à matéria, no entanto, qualquer restrição à gratuidade do ensino superior oferecido pelas escolas públicas.

Diz, também, a apelante, que há que ser feita distinção entre o ensino e a educação, alegando que este último vocábulo expressa atividade que abrange atividades administrativas voltadas para a operacionalização do objetivo precípuo do ensino.

Não há qualquer distinção na Constituição Federal, seja quanto ao grau de ensino objeto da tutela estatal atinente à gratuidade do ensino, seja quanto a qualquer diferenciação entre educação e ensino, devendo-se concluir que as atividades afins à instrução propriamente dita, como as administrativas e operacionais, são gratuitas.

Aceitar-se tal interpretação semântica equivaleria à aceitação, por exemplo, da cobrança, pelos hospitais públicos, por despesas administrativas que existem em função da atividade-fim de tais estabelecimentos.

Nesse sentido a jurisprudência deste egrégio Tribunal, constante do seguinte aresto, proferido na Apelação Cível 169.580-8, publicada em 9 de maio de 2000, tendo como Relator o em. Desembargador Cláudio Costa:

> Ensino superior. Estabelecimento público estadual. Gratuidade. - O preceito constitucional (CR/88, art. 206, IV) não contém qualquer restrição ou distinção quanto ao grau de ensino objeto da tutela estatal, devendo vigorar também no âmbito estadual. Ilegal, assim, a cobrança de taxa de matrícula e renovação nas escolas públicas de ensino. Sentença que se confirma, no reexame necessário.

Por conter norma que contraria a disposição constitucional relativa à gratuidade do ensino, sem distinguir entre ensino fundamental, médio ou superior, a Portaria 18/2000 não pode prevalecer, por inconstitucionalidade.

Indefiro o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela apelada em suas contra-razões de recurso, por falta de objeto, uma vez que não há, na espécie, necessidade de interpretação de regra relevante para o julgamento em curso, à falta de discordância entre o teor do presente voto e o do acórdão mencionado pela impetrante.

Com esses fundamentos, confirmo, em reexame necessário, a sentença apelada, dando por prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Ressalvando meu entendimento sobre a aplicabilidade das limitações do reexame necessário do Código de Processo Civil também no mandado de segurança, estou revendo meu posicionamento para conhecer da remessa obrigatória, simplificando o julgamento de feitos desta natureza, nesta i. Turma Julgadora, após sopesar melhor a questão.

Da análise de todo o processado, tem-se que deve ser mantida a r. sentença, em sede de reexame necessário, prejudicado interposto recurso.

Senão vejamos.

Primeiramente, não se ignora a existência de nobres opiniões em sentido contrário, inclusive, nesta Casa (*ex vi* da Apelação Cível nº 169.580-8/00, julgada em 09.03.2000, cuja cópia se encontra nestes autos, fls. 19/22, em que há substancioso voto vencido do Des. Aluízio Quintão), mas, a meu sentir, correta a conclusão judicial primeva.

É que, se é verdade que há disposição constitucional de que:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> § 1º O acesso ao *ensino obrigatório e gratuito* é direito público subjetivo (grifos nossos),

também é verdade que se vê, na Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)
>
> IV - *gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais* (grifos nossos);

daí por que ministra JOSÉ AFONSO DA SILVA:

> O princípio do art. 206, IV, significa que onde o ensino oficial, em qualquer nível, já é gratuito não poderá passar a ser pago. Onde é pago, se for fundamental, deverá passar imediatamente a ser oferecido gratuitamente e, se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providência no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito.
>
> A gratuidade do ensino oficial nos três níveis - fundamental, médio e superior - é velha tradição do sistema educacional brasileiro. Pode-se, agora, dizer que essa tradição não era nada mais nada menos do que uma projeção futura, porquanto veio a ajustar-se à evolução que tornara a educação um serviço público integrante dos fins do Estado Democrático. Por isso é que a Constituição, acolhendo a evolução, elevara a educação à categoria de direito de todos e, correlativamente, à categoria de dever do Estado (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 815/816).

Decidiu-se neste eg. Tribunal de Justiça, conforme fez referência a i. Magistrada *a qua* (fl. 60-TJ):

> Ensino superior. Estabelecimento público estadual. Gratuidade. - O preceito constitucional (CR/88, art. 206, IV) não contém qualquer restrição ou distinção quanto ao grau de ensino objeto da tutela estatal, devendo vigorar também no âmbito estadual. Ilegal, assim, a cobrança de taxa de matrícula e renovação nas escolas públicas de ensino. Sentença que se confirma, no reexame necessário. (Apelação Cível nº 169.580-8/00, Rel. Des. Cláudio Costa, pub. 09.03.2000.),

vendo-se, de parte do voto do Relator:

> No caso, o ensino é público e ministrado em estabelecimento oficial. A regra constitucional não contém qualquer restrição ou distinção quanto ao grau de ensino objeto da tutela estatal. Assim também o entendem autorizados intérpretes do nosso Direito Constitucional, como José Afonso da Silva e Cretella Júnior, cujas opiniões integram o texto do parecer da douta PGJ - fls. 92/94-TJ - e o voto vencedor do eminente Des. Hugo Bengtsson, no julgamento da AC nº 140.930-9/00 - cópia juntada por linha. Se é essa a melhor interpretação do preceito constitucional, também há de vigorar ela para as normas constitucionais e legais no âmbito estadual. Ora, se assim o é, a Portaria nº 007/98, contra a qual se ergue a segurança impetrada, não poderia oferecer condições de validade, em face da Lei Estadual nº 12.781/98, que, editada sob o influxo do entendimento em favor da gratuidade também do ensino superior, prevalecerá, hierarquicamente, sobre aquela portaria.

Os egrégios Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões também apreciaram a matéria, *mutatis mutandis*, seguindo a mesma linha de entendimento:

> Administrativo. Ensino superior. matrícula. tTaxa de contribuição a fundo de bolsas. - A instituição de taxas, criadas por universidade públicas, não pode ser erigida de contribuição espontânea em condição para efetivação da matrícula do estudante, por mais lídimos que sejam seu objetivo e seu alcance sociais, sob pena de violação ao direito à matrícula do estudante de estabelecimento federal de ensino superior, cuja gratuidade tem assento constitucional (CF, art. 206, IV). Precedentes da Turma. Apelação e remessa oficial improvidas (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.095909-6/MG - 1ª Turma - Relator Des. Reynaldo Soares da Fonseca, pub. 30.07.2002).

> Administrativo. Universidade federal. Cobrança de mensalidade em curso de pós-graduação *lato sensu*. Impossibilidade ante o disposto no art. 206, IV, da Constituição. Segurança concedida. Sentença mantida. - 1. Prevê a Constituição, no art. 206, IV, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, não discriminando níveis, assim, é indevida a cobrança de mensalidade, por universidade pública, mesmo em curso de pós-graduação. - 2. Discutível até mesmo a possibilidade de cobrança de taxa de matrícula com base em mera resolução, em face do princípio da legalidade tributária. (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.074977-9/GO - 1ª Turma - Rel. Des. João Batista Gomes Moreira, pub. 11.09.2000.)

> Administrativo e Constitucional. Ilegitimidade ativa. Representação irregular. Ensino público superior. Matrícula. Gratuidade. (...) Inconstitucional o ato que determina a cobrança de taxa de matrícula em universidade pública em face do disposto no art. 206, inc. IV, da CF/88. Imprestáveis os argumentos da universidade, no sentido de que a taxa cobrada se reverteria em benefício dos estudantes carentes e de programas suplementares ante o vício de origem - inconstitucionalidade -, que torna ilegítima essa taxa (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 1993.04.07691-9/RS - 4ª Turma do TRF da 4ª Região - Rel. Des. José Luiz Germano da Silva, pub. 11.02.1998).

Assim, em que pese a induvidosa autonomia financeira de que gozam as universidades, a teor do disposto no art. 207 da Constituição Federal de 1988, não se pode ignorar a também norma constitucional (art. 206, IV) que estabelece a gratuidade de ensino público em estabelecimentos oficiais, não importando se na esfera estadual ou federal, desde que caracterizada pelo caráter público.

Ainda que assim não fosse, a se admitir, como pretendem os recorrentes, apenas por hipótese, a possibilidade de cobrança pela matrícula em cursos da UEMG - Universidade Estadual do Estado de Minas Gerais, não há amparo legal, no caso, para a cobrança, eis que, como é evidente, *"taxa" só pode ser instituída por lei e, nunca, por portaria - sendo certo que a Portaria nº 18/2001, por aquela editada, não é instrumento hábil a impor a exação*, sendo, ademais, em face disso, despicienda a discussão aventada sobre as diferenças entre "ensino" e "educação".

Diz, com propriedade, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

> Submete-se a criação de taxa, também, ao princípio da legalidade. A instituição de taxa é matéria sob reserva de lei, seja em razão do princípio genericamente exposto no inciso II do art. 5º, seja porque o relevo que o legislador constituinte atribuiu à matéria tributária fê-lo dispor explicitamente sobre a estrita legalidade em face do tributo, na forma do disposto no inciso I do art. 150 (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 539).

Por todo o exposto, com a devida vênia dos entendimentos em contrário, acompanho o Relator para confirmar a r. sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso interposto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente. Acuso recebimento de memorial por parte do apelado. Acompanho o voto do eminente Des. Relator.

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

REINCIDÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVA - AGRAVANTE - NÃO-RECONHECIMENTO PELO JUIZ - CRIME DO ART. 309 DA LEI Nº 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO) - EXIGÊNCIA DE INABILITAÇÃO E AMEAÇA À SEGURANÇA DAS PESSOAS - PERIGO DE DANO - INEXISTÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DO DELITO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - PROVA - DETERMINAÇÃO - ATIVIDADE SUPLETIVA DO JUIZ - ÔNUS DA PARTE

- A possibilidade de ser ordenada de ofício qualquer prova constitui atividade meramente supletiva do juiz, que não fica obrigado a determinar esta ou aquela diligência, cabendo à parte o ônus da prova.

- O juiz não pode agravar a pena pela ocorrência de circunstância reincidente se inexiste certidão comprobatória do trânsito em julgado de condenação anterior.

- O tipo penal descrito no art. 309 do CTB exige, além da inabilitação, que o agente tenha, na direção do veículo, uma conduta capaz de diminuir ou ameaçar a segurança das pessoas no trânsito. Inexistindo nos autos prova suficiente de que o acusado tenha gerado perigo de dano para alguém, elemento essencial à configuração do delito, não pode ele sofrer condenação por tal crime.

- Admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o crime não é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como as circunstâncias e os motivos indicam ser adequada e suficiente a sua substituição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 334.804-2/00 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Criminal - Reincidência - Agravante não reconhecida pelo juiz - Ausência de prova - Crime do artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro - Prova inexistente - Pena privativa de liberdade - Substituição. - O juiz não pode agravar a pena se não há prova de reincidência. Também não é obrigado a determinar esta ou aquela diligência. O ônus da prova é da parte. A possibilidade de ser ordenada de ofício qualquer prova constitui atividade meramente supletiva do juiz. Não existindo nos autos prova suficiente de que o acusado tenha gerado "perigo de dano" para alguém, elemento essencial à configuração do crime, descrito no artigo 309 do CTB, não pode sofrer a condenação a ele relativa. É perfeitamente admissível, já que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do acusado bem como as circunstâncias e os motivos indicam ser adequada e suficiente a sua substituição.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E JULGAR PREJUDICADO O DO RÉU.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se de ambos os recursos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por Marcelo Rodrigues de Castro, contra a sentença de fls. 96/100, que o condenou nas sanções dos artigos 330 e 331 do Código Penal, fixando-lhe a pena em 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção e 30 (trinta) dias-multa, substituída por duas penas restritivas de direito.

O Ministério Público, às fls. 104/112, requer, em preliminar, a invalidação da sentença em razão

de não ter o Juiz reconhecido a agravante da reincidência, pelo fato de não ter sido juntada aos autos a sua certidão de antecedentes criminais, o que deveria ter sido determinado de ofício.

O juiz não é obrigado a determinar esta ou aquela diligência. O ônus da prova é da parte. A possibilidade de ser ordenada de ofício qualquer prova constitui atividade meramente supletiva do juiz.

Não existe nos autos a prova de que o acusado seja reincidente.

Não pode o juiz agravar a pena pela ocorrência da circunstância reincidente se inexiste certidão comprobatória do trânsito em julgado de anterior condenação (*RT*, 600/396).

Assim, não poderia o Juiz agravar a sua pena.

No mérito, defende o Ministério Público a condenação do acusado nas sanções do artigo 309 do CTB e sustenta a inviabilidade da substituição da pena em razão de possuir ele maus antecedentes.

Todavia quanto a esta parte não lhe assiste razão.

O tipo penal descrito no artigo 309 do CTB exige, além da inabilitação, que o agente tenha, na direção do veículo, uma conduta capaz de diminuir ou ameaçar a segurança das pessoas no trânsito.

Não existe nos autos prova suficiente de que o acusado tenha gerado "perigo de dano" para alguém, elemento essencial à configuração do crime.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é ela perfeitamente admissível, já que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como as circunstâncias e os motivos indicam ser adequada e suficiente a sua substituição.

A sentença está correta e não merece qualquer modificação.

Razão por que se nega provimento ao primeiro recurso.

Julga-se prejudicado o segundo recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E JULGARAM PREJUDICADO O DO RÉU.

PREFEITO - PROCESSO LICITATÓRIO - DISPENSA DE LICITAÇÃO - INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES - PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS DOS ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93 - DENÚNCIA - RECEBIMENTO

- Ante os indícios de que o prefeito teria deixado de observar as formalidades previstas na Lei nº 8.666/93, no que respeita à dispensa de licitação, tendo também fraudado o caráter competitivo do processo licitatório, com afronta à igualdade entre os licitantes, praticando, em tese, os delitos dos arts. 89 e 90 da mesma lei, impõe-se o recebimento da denúncia para que prossiga a ação penal, durante a qual, sob o crivo do contraditório e pelo exame das provas, poderá o denunciado demonstrar a ausência de ilegalidade ou dolo na sua conduta.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 322.479-7/00 - Comarca de Senador Firmino - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Prefeitura municipal - Processo licitatório - Dispensa de licitação - Indícios de inobservância das formalidades pertinentes à dispensa - Prática, em tese, do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 - Fraude ao caráter competitivo do processo licitatório - Indícios de sua ocorrência - Afronta, em tese, da igualdade entre os licitantes obstando a competição, elemento essencial para que o procedimento licitatório atinja sua finalidade - Natureza dolosa da conduta do denunciado - Tema a ser devidamente examinado na fase instrutória - Denúncia que não se revela de todo improcedente - Dolo - Momento impróprio para o exame da culpabilidade - Denúncia - Rejeição *in limine* - Impossibilidade.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - A Procuradora de Justiça em exercício na Procuradoria de Justiça Especializada em Crimes de Prefeitos Municipais, mediante delegação (arts. 29, IX, da Lei nº 8.625/93 e 69, XIII, da Lei Complementar nº 34/94), com base em procedimento administrativo, oferece denúncia contra José Maria de Oliveira, Prefeito Municipal de Brás Pires, incursando-o nas sanções dos arts. 89, *caput* (1º e 2º fatos), e 90 (do 3º ao 12º fatos) da Lei nº 8.666/93, c/c art. 69 (por 12 vezes) do Código Penal.

Consta da peça exordial que, entre os meses de janeiro de 1994 a junho de 1995, ao adquirir materiais de construção, medicamentos para abastecimento de postos de saúde e gêneros alimentícios para merenda escolar, o denunciado, na condição de Prefeito Municipal, em alguns casos *dispensou* a licitação, fora das hipóteses previstas em lei (art. 24 da Lei 8.666/93), e, em outros, *fraudou* o caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de proporcionar a diversas empresas vantagens decorrentes do objeto da licitação.

Narra a denúncia, detalhadamente, 12 fatos praticados pelo denunciado, apurados em processo investigatório/administrativo, a configurar, em tese, as condutas ilícitas do Prefeito.

Devidamente notificado (despacho de fl. 600), nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/90, apresentou o denunciado, por seu defensor, resposta preliminar de fls. 606/614, requerendo a rejeição da denúncia.

Argumenta, em síntese, que a legislação pertinente, ou seja, a Lei nº 8.666/93 dispensa a instauração de processo licitatório para aquisição de bens ou serviços com valores inferiores ao limite fixado na tabela, nos quais se incluem os constantes na denúncia, e que, se dispensável por lei, não há que se cogitar de procedimento ou dispensa por parte do denunciado, pois não cabe ao intérprete legislar onde o legislador não legislou.

Argumenta, mais, que fraudar exige o fim especial de agir, a intenção de fraudar a competição, o que inexiste nos presentes autos, porquanto foi obedecido o limite mínimo de convidados ao processo licitatório, sendo que os preços eram compatíveis com o mercado, não havendo prova de que os proponentes eram fornecedores/vendedores de produtos por ele não cotados, ausente o superfaturamento de preços, como também de favorecimento e de prejuízo ao erário.

Renovada *vista* à Procuradoria-Geral de Justiça (despacho de fl. 619), manifestou-se esta, às fls. 628/634, pelo recebimento da denúncia, inexistindo ausência de formalidades que possam ensejar a sua rejeição, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Da análise dos autos verifica-se que o Tribunal de Contas Estadual, em inspeção junto à Prefeitura de Brás Pires, detectou alguns procedimentos relativos à prestação de contas que poderiam resultar em irregularidades ou danos ao erário, razão pela qual converteu a inspeção em procedimento administrativo (fl. 524). Instaurado este, constataram-se irregularidades nos processos licitatórios relativos aos exercícios de 1994 e 1995 (relatórios de fls. 532/533), sendo o processo remetido ao Ministério Público para as providências cabíveis (decisão de fls. 551/552), razão pela qual foi ofertada a denúncia de fls. 02/11.

Narra a peça exordial, nos dois primeiros fatos que o denunciado, na condição de Prefeito Municipal de Brás Pires, em sua gestão anterior, teria adquirido diversos medicamentos da Empresa MM Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., sem o devido processo licitatório, dispensando a licitação fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93 e sem observar nenhuma das formalidades previstas para a sua dispensa determinadas na referida lei.

De igual forma, nos dias 22.04.94 e 10.06.94 teria adquirido, ilegalmente, materiais de construção da Empresa Funrural - AgroFerragens Ltda.

Em sua resposta preliminar, sustenta o denunciado, através de seu defensor, que os valores das compras de medicamentos estão aquém do limite

mínimo. Por este motivo, não incumbia ao denunciado formalizar qualquer ato, pois não hospeda a lei regulamentadora exigência desta natureza.

Quanto às compras de materiais de construção, apesar do seu valor totalizar CR$ 3.198.903,14, foram realizadas parceladamente. Assim, os valores de cada aquisição, além de se referirem a bens diferentes, não atingem o limite fixado na tabela da União, improcedente a assertiva de ter dispensado, nesses dois casos, o procedimento licitatório.

De fato, em casos tais, permite o art. 24 da Lei nº 8.666/93, em seu inciso II, a dispensa de licitação, referindo-se especificamente a serviços e compras de pequeno valor, não comportando, pois, protelação e formalismos burocráticos.

Todavia, exige, em seu art. 26, que o processo de dispensa obedeça a certas formalidades legais que, na espécie destes autos, são a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço, as quais, no caso, não se fazem presentes.

Aponta, ainda, o parecer técnico da Procuradoria-Geral de Justiça outras irregularidades no processo de dispensa de licitação, tais como: a falta do dispositivo legal que autoriza a dispensa e a ausência de planejamento para a compra de medicamentos e materiais, que, na verdade, não foram observados, conforme se verifica da documentação constante dos autos.

Assim, inegável que ausentes as formalidades legais no procedimento licitatório de dispensa de licitação a que deveria ater-se o denunciado.

Dispõe o art. 89 da Lei nº 8.666/93 ser crime "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade". De sua redação, ressai tratar-se de crime formal, consumando-se com a mera dispensa ou inexigibilidade não autorizada em lei.

No entanto, há que se verificar tratar-se, na espécie, de simples irregularidades ou equívocos involuntários, em face do intrincado processo licitatório a que se submete o administrador público, principalmente em pequenos municípios desprovidos de pessoal capacitado, ausente a intenção de prejudicar o erário ou, se presente o interesse de favorecer interesses pessoais ou de terceiros, em prejuízo do erário e da coletividade.

Consta ainda da denúncia que o Prefeito Municipal de Brás Pires teria fraudado o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de favorecer certas empresas, narrando detalhadamente 10 fatos, a exemplificar a conduta ilícita do denunciado.

Os fatos de nºs 03 a 07 e 10 a 12 referem-se à aquisição de medicamentos para abastecimento de Postos de Saúde, na modalidade de carta-convite, que teria sido *fabricada* após a efetivação das contratações de empresas beneficiárias, para dar aparência de legalidade a tais aquisições em processo licitatório fraudulento.

Os fatos 8º e 9º referem-se à aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar, adquiridos, também, via carta-convite, com o mesmo artifício usado na aquisição dos medicamentos.

Em relação a tais fatos, aduz o denunciado, em sua resposta preliminar, que, pela tabela de valores expedida pela União e o montante de bens a ser adquirido não era exigível a licitação. Assim, ainda que se tenha adotado a carta-convite, as supostas irregularidades apontadas são atos nulos, porquanto ato inexigível não gera direito nem cria obrigações.

Alega, mais, que as datas discrepantes contidas no processo licitatório são *falhas humanas*, perfeitamente previsíveis à época, em que todo o procedimento era realizado de forma quase artesanal, e que não há prova de que os preços dos medicamentos e mercadorias adquiridos eram incompatíveis com os praticados no mercado, a caracterizar dolo, culpa, má-fé ou favorecimento aos licitantes.

Não obstante, tais irregularidades foram detectadas nos autos; sendo singela a afirmativa de tratar-se de "falha humana".

Ademais, estabeleceu a Lei nº 8.666/93 as normas gerais que regulam todas as licitações públicas e contratos administrativos, sujeitos, portanto, a procedimentos formais, visando resguardar os princípios básicos do processo licitatório, quais sejam, legalidade, impessoalidade, igualdade e moralidade administrativa.

É certo que deixou aos Estados e Municípios a regulamentação das licitações locais, mas respeitando-se os preceitos superiores que disciplinam o procedimento licitatório.

Conforme leciona HELY LOPES MEIRELLES em sua obra *Licitação e Contrato Administrativo*:

> é natural que as entidades menores disponham sobre minúcias de suas licitações e contratações atendendo às peculiaridades locais e à especificidade de suas obras, serviços, compras e alienações. O essencial é que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento (*in* obra cit., 13ª ed., p. 40).

Por esta razão, inovadoramente, foram inseridos na referida lei crimes e penas relacionados com o procedimento licitatório, dentre estes os dos arts. 89 e 90 pelos quais foi o Prefeito denunciado, objetivando o primeiro assegurar o princípio da obrigatoriedade da licitação e o segundo, tutelar a igualdade entre os licitantes, garantindo a competição, condição essencial para que a licitação atinja a sua finalidade.

Há que se ressaltar que tais crimes, no entanto, exigem a comprovação da conduta dolosa do denunciado, no sentido de que propositadamente descumpriu formalidades pertinentes ao procedimento licitatório, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem decorrente de sua conduta, lesando o erário.

Na espécie destes autos, conforme se verifica de sua farta documentação, trata-se de irregularidades havidas quando da aquisição de medicamentos para os postos de saúde e de gêneros alimentícios para a merenda escolar, além de alguns materiais de construção.

Há indícios de que o denunciado, na condição de Prefeito Municipal e responsável pelo cumprimento das mencionadas formalidades, omitiu-se na sua observância, praticando, em tese, os delitos mencionados na exordial acusatória.

É certo que os delitos tipificados na peça exordial exigem o dolo para a sua configuração. Assim, inexiste a infração se a conduta do denunciado se justifica satisfatoriamente, quer dentro da lógica, quer nas circunstâncias que a nortearam, demonstrando tratar-se mais de ato decorrente de inadvertência ou falta de orientação no trato das coisas administrativas.

Essa é a lição proferida pelo Prof. HELLY LOPES MEIRELLES, quando assinala:

> Todos os crimes definidos nesta lei são dolosos, pelo que só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem (...) mas, tratando-se de crime contra a Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir-se se o agente atuou em prol do interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado foi inspirado no interesse público, não há crime a punir (cit. *in Direito Administrativo Brasileiro*, p. 573).

Todavia, o momento não se presta ao exame da culpabilidade ou de outra forma de exclusão de criminalidade, pois a questão é restrita a verificação de eventual atipicidade do fato.

In casu, há que se prosseguir a ação penal, quando, sob o crivo do contraditório e o exame das provas, poderá o denunciado demonstrar a ausência de ilegalidade ou do dolo na conduta descrita nestes autos, o que de pronto, não se vislumbra das provas até aqui obtidas.

Com essas considerações, recebo a denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal, nos seus exatos termos.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges e Paulo Cézar Dias - De acordo.

Súmula - RECEBERAM A DENÚNCIA.

-:::-

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - INIMPUTABILIDADE - APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA - EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE - APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 411 DO CPP

- Configurada de maneira inequívoca a causa excludente de culpabilidade - inimputabilidade por doença mental -, a hipótese é de absolvição sumária, com a aplicação da medida de segurança cabível, pois a inimputabilidade insere-se na regra do art. 411 do CPP, devendo, quando possível, ser apreciada já no juízo de formação da culpa, e não pelo Júri.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 348.820-2/00 - Comarca de Patrocínio - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Pronúncia - Tentativas de homicídio - Inimputabilidade - Comprovação por exame especializado - Excludente de culpabilidade não reconhecida na decisão - Matéria deixada a cargo do Júri - Impropriedade - Inteligência do art. 411 CPP - Absolvição sumária - Aplicação de medida de segurança - Providências que se impõem - Recurso provido. - A inimputabilidade insere-se na regra do art. 411 do CPP, devendo, pois, quando possível, ser apreciada já no juízo de formação da culpa, e não pelo Júri. Configurada desde logo, e de maneira inequívoca, através de exame especializado, a existência de causa excludente de culpabilidade (inimputabilidade por doença mental), a hipótese é de absolvição sumária, com a aplicação da medida de segurança cabível.

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, 30 de outubro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por Valdivino Rodrigues contra decisão da MM.ª Juíza de Direito da Comarca de Patrocínio, que o pronunciou incurso por duas vezes no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c os arts. 14, II, e 69, todos do Código Penal, em virtude de haver desferido golpes de faca contra sua ex-mulher, Maria Clara Alves Rodrigues, e contra a irmã desta, Romilda Alves, produzindo-lhes as lesões descritas no auto de corpo de delito de fls. 15/16, só não se consumando, com relação a ambas, crime de homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade - fato este ocorrido em data de 18 de setembro de 1999, naquela cidade.

Pretende o recorrente ver reconhecida a sua inimputabilidade, que estaria positivada no laudo do exame de sanidade mental a que foi submetido, com a conseqüente decretação de sua absolvição sumária, aplicando-se a medida de segurança cabível. Alternativamente, bate-se pela desclassificação das infrações para lesões corporais.

Com as contra-razões de fls. 127/139, subiram os autos, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, conforme parecer exarado às fls. 152/158, pelo provimento da apelação, para que seja reconhecida a inimputabilidade do réu.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo.

E dou-lhe provimento para reconhecer a inimputabilidade do réu, por doença mental.

Com efeito, ao contrário do que sustenta o Doutor Promotor de Justiça, em contra-razões, não se cuida, na espécie, de semi-imputabilidade, ou de responsabilidade diminuída (matéria de que cuida o acórdão citado pelo recorrido), inexistindo, outrossim, qualquer dúvida acerca da total incapacidade do réu, ao tempo da ação, "de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento", em virtude de doença mental.

Submetido a exame de sanidade, concluíram os peritos que o acusado é "portador de quadro psicotiforme em conexão com o fato", razão pela qual não hesitaram em responder afirmativamente ao quesito que indagava acerca de sua inimputabilidade (fl. 56 dos autos em apenso).

Aliás, a incapacidade do réu já havia sido admitida pelo próprio Órgão do Ministério Público, em alegações finais, tendo a MM.ª Juíza, igualmente, a reconhecido na decisão.

Contudo, pelo que se depreende da sentença, entendeu-se, equivocadamente, que a inimputabilidade não poderia ser reconhecida na fase de pronúncia, devendo a matéria ser deixada à apreciação dos jurados.

Não é esta a solução que se impõe. A inimputabilidade insere-se na regra do art. 411 do CPP, devendo, pois, quando possível, ser apreciada já no juízo de formação da culpa, e não pelo Júri (neste sentido, *RT*, 631/285).

Consoante o disposto no referido art. 411 do CPP:

> o juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (...).

Portanto, configurada desde logo, e de maneira inequívoca, como no caso em apreço, a referida causa excludente de culpabilidade (inimputabilidade por doença mental), a hipótese é de absolvição sumária, com a aplicação da medida de segurança cabível.

Ante o exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, provejo o recurso interposto para, com fundamento no art. 26, *caput*, do Código Penal, c/c o 411 do CPP, absolver o réu Valdivino Rodrigues, em virtude de sua inimputabilidade, decorrente de doença mental.

Em conseqüência, e tendo em vista a natureza do fato praticado, determino a internação do acusado, pelo prazo mínimo de dois anos, perdurando enquanto não for averiguada pericialmente a cessação de sua periculosidade.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

RESISTÊNCIA E DESACATO - VOZ DE PRISÃO - ABSORÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

- O crime de resistência absorve o de desacato pelo princípio da consunção, quando praticados em um mesmo episódio, pois, como é natural, quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas verbais ao executor da ordem.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 351.750-5/00 - Comarca de Perdões - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Crime de tóxico - Crime de desacato e resistência - Hipótese de absorção, - Ocorre a absorção, quando um fato definido por norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Dá-se provimento parcial ao recurso para decotar da condenação a pena referente ao crime de desacato.

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, 28 de outubro de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wanderlei Carvalho Belchior contra a sentença de fls. 74/81, que o condenou pelo delito do artigo 16 da Lei 6.368/76, à pena de 8 (oito) meses de detenção mais a pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, fixando esta em 1/30 do salário mínimo; pelo delito do artigo 329 do Código Penal, à pena de 3 (três) meses de detenção e pelo delito do artigo 331 do Código Penal, à pena de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto.

Alega o apelante, em síntese, às fls. 87/90, que não existe nos autos nenhuma prova substancial que pudesse comprovar os fatos articulados na denúncia; que nenhuma das testemunhas por ela arroladas disse ter visto a droga com o acusado, apenas viram a referida substância quando apresentada pelos encarregados pela diligência.

Realmente, nenhuma das testemunhas viu a droga com o apelante. No entanto, comprovou-se que no bar estavam apenas o proprietário, Lair Alves, um freguês de nome Geraldo e o apelante, que se dirigiu ao banheiro, quando chegaram os policiais. Um deles o acompanhou e de lá voltou com uma quantidade de maconha. Se não havia mais ninguém lá, outra não pode ser a conclusão de que a droga, de fato, era sua.

A defesa do apelante é frágil e não convence.

Quanto aos crimes de desacato e resistência, é importante ressaltar que são sempre cometidos sob forte exaltação de ânimo.

A resistência à voz de prisão nunca acontece de maneira equilibrada, sem qualquer forma de agressão ou violência, seja física ou verbal.

Trata-se a hipótese de uma relação consuntiva, ou de absorção, que, segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, ocorre:

> quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma, incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae* (*in Direito Penal*, 1º v., p 99).

O apelante confessou que "agrediu os policiais porque senão poderia sair machucado", restando caracterizado o crime de resistência.

> O crime de resistência absorve os de desobediência, ameaça e desacato, quando praticados em um mesmo episódio, e também a contravenção de vias de fato, mas não o de lesões corporais, mesmo leves - CP, art. 329, § 2º (TJPR - *RT*, 680/369).

A primeira Câmara Criminal deste Tribunal, em voto da Des.ª Marcia Milanez, decide:

> O delito de resistência absorve os de desacato, desobediência, injúria, quando praticados em um mesmo episódio, pois, como é natural, quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas morais ao executor da ordem (Ap. Cr. 251.099-8).

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para decotar da condenação a pena referente ao crime de desacato.

Quanto ao mais, permanece inalterada a sentença.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - INFRATOR QUE ATINGE A MAIORIDADE CIVIL AOS 18 ANOS NO CURSO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA - SUPRESSÃO IMEDIATA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º DO DEC.- LEI Nº 4.657/42 (LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL), 2.043 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E 104, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.069/90 (ECA)

- A maioridade civil do infrator que praticou conduta criminosa antes de completar seus 18 anos não esgota a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa, pois a Lei nº 8.069/90 é norma especial de caráter amplo, que permite a aplicação de tal medida até o implemento da idade de 21 anos, não podendo portanto ser revogada pelas disposições do novo Código Civil, que, sendo norma de caráter geral, cuida estritamente das relações civis entre os indivíduos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 344.472-6/00 - Comarca de Governador Valadares Relator: Des. ERONY DA SILVA

Ementa oficial: ECA - Maioridade civil aos dezoito anos - Não-alteração da aplicação do Estatuto Menorista na esfera da responsabilidade do autor da infração - Norma de caráter especial - Disposições finais e transitórias do novo Código Civil - Permissão da incidência do ECA aos que já tenham completado tal faixa etária - Recurso provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Erony da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Erony da Silva - Na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Governador Valadares, em 07 de julho de 2000, ofertou-se representação contra o menor L.R.S., já qualificado, então com 17 anos de idade, por prática de ato infracional, análogo aos crimes descritos nos artigos 12 e 14, ambos da Lei Antitóxicos, ocorrido em 05 de junho do mesmo ano.

Ao final, o digno Juiz, em decisão datada de 07 de agosto de 2000, julgou procedente a representação, aplicando ao menor a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 06 (seis) meses, cumulada com liberdade assistida, pelo período de 02 (dois) anos, nos termos do art. 112, III e IV, da Lei 8.069/90.

Através do despacho de fl. 31, o MM. Juiz deferiu o pedido de substituição da medida socioeducativa imposta por medidas protetivas, previstas no art.101, IV e V, do ECA.

No curso da execução, o jovem infrator completou a maioridade civil, nos termos da Lei 10.406/02 (novo Código Civil), e, pela sentença de fl. 47, o MM. Juiz declarou a extinção do processo pela perda do objeto.

Contra esta decisão, recorre o Órgão Ministerial à fl. 49, sustentando que o Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial e, por esta razão, deverá prevalecer sobre a norma geral, ainda que posterior, conforme orientação da Lei de Introdução ao Código Civil.

As contra-razões de fls. 62/64 abraçam as conclusões da decisão, que foi devidamente sustentada à fl. 66.

A douta Procuradoria de Justiça, cujo parecer encontra-se às fls. 70/73, opina pelo provimento.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, sendo o recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

A matéria, objeto do apelo, é altamente controvertida, pois diz respeito às implicações do novo Código Civil, que alterou o limite etário da maioridade, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sustenta o apelante que, ao extinguir o feito devido à maioridade civil do representado, o MM. Juiz terminou por esgotar a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa ao infrator, quando o próprio Estatuto permite a aplicação de tais medidas até o implemento da idade de 21 anos, disciplinando a punição de condutas praticadas a qualquer momento entre os 12 e 18 anos completos, não tendo sido revogado pelas novas disposições do atual Código Civil.

A meu aviso, com razão o apelante.

Em primeiro lugar, endosso o entendimento ministerial de ambas as instâncias de que a Lei 8.069/90 constitui norma especial, de caráter amplo, tratando, além de matérias civeis, de matérias penais e administrativas, todas ligadas a crianças e adolescentes. Por sua vez, o Código Civil, norma de caráter geral, cuida estritamente das relações civis entre os indivíduos.

Com razão também o apelante, que, ao invocar as regras da Lei de Introdução ao Código Civil, concluiu pela não-revogação do ECA, em face do advento da nova legislação civil.

Diz o parágrafo segundo do art. 2º da LICC:

> A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Por outro lado, é o próprio Código Civil, no livro complementar, referente às disposições finais e transitórias, que aponta a possibilidade de aplicação do Estatuto aos que já tenham atingido a nova maioridade civil:

> Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.

Válidos, também, são os argumentos trazidos nas bem-lançadas razões recursais, que reforçam a incidência do ECA aos maiores de 18 anos e menores de 21.

O que importa, na verdade, é se, na data do fato, o infrator era menor de 18 anos, de acordo com o parágrafo único do art. 104 do Estatuto:

> Art.104 (...)
>
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

In casu, o apelado se submete aos ditames do ECA, na medida em que, quando da prática do ato infracional, contava com 17 anos de idade, pois nascido em 03 de julho de 1983, conforme qualificação na exordial.

Registre-se, por fim, que o § 5º do art. 121 do ECA preceitua que a liberação do infrator é compulsória aos vinte e um anos de idade, não havendo referência ao termo "maioridade", tampouco à "maioridade civil".

Tal ocorre porque o espírito que anima o Estatuto é o de não deixar à deriva o ser humano até os vinte e um anos de idade, por ser assente que, até esta faixa etária, o indivíduo, ainda em pleno desenvolvimento, perquire cuidados maiores e proteção diferenciada.

Ainda sobre o tema, convém citar as lições do Promotor de Justiça paraibano ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU, em artigo intitulado "*O Novo Código Civil Versus o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Redução da Menoridade Civil*", encontrado no site eletrônico www.jus.com.br/doutrina:

> ... tanto nos exemplos do Código Penal como nestes pinçados do Estatuto da Criança do Adolescente, na verdade, *não houve alteração ou revogação das referidas normas com a vigência do NCC*. Por outras palavras, a redução da menoridade civil não lhes causou impacto. O entendimento é simples. A redução da maioridade civil tem efeitos precisos na área da *capacidade civil de exercício*, enquanto que as normas do CP e do ECA jamais tiveram por fim proteger o civilmente incapaz ou, melhor dizendo, a *incapacidade civil*. Caso assim tivessem feito, teriam expressamente excluído o emancipado que, embora menor de 21 anos, seria plenamente capaz para os atos da vida civil. Todos sabemos que, a despeito de emancipado, continuava o réu menor de 21 anos a fazer jus à circunstância atenuante e ao privilégio do prazo prescricional contado pela metade (CP, 65, I, e 115).
>
> No caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prefixar a idade de 21 anos como excepcional limite de aplicação de suas normas, não tinha em mente o legislador do ECA proteger o *civilmente incapaz*, eis que, como se falou, caso houvesse sido realmente este seu intento, teria feito exclusão do emancipado. Assim não fez, justificando o entendimento de que, a exemplo do Código Penal, estabeleceu-se a idade de 21 anos como uma simples tarifação legal. Poderia ter sido escolhida outra idade, como 22 anos, 25 anos etc. Escolheu o legislador, contudo, a idade de 21 anos *para ter efeitos no sistema do próprio Estatuto*, não atraindo do Direito Civil, neste caso específico, o conceito de maioridade, motivo pelo qual a alteração legislativa desta não lhe poderia causar qualquer impacto.

No mais, os tribunais sulistas, mais precisamente o do Rio Grande do Sul, vem firmando o seguinte posicionamento:

> ECA. Ato infracional. Maioridade civil. Extinção do processo, sem julgamento de mérito, em virtude do advento da maioridade civil do infrator. - O novo Código Civil não alterou dispositivos do ECA quanto à idade do infrator, permanecendo o agente sob a abrangência da lei menorista, ainda que atingindo os 18 anos de idade, se, por óbvio, tiver perpetrado o ato infracional anteriormente. Recurso provido. (AP nº 70006165690, Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 21.08.2003.)
>
> ECA. Ato infracional. Furto. Materialidade e autoria comprovadas. Medida socioeducativa de advertência. - O ato infracional praticado pelo representado se mostra isolado, dentro do seu histórico de vida. Assim aplica-se a medida socioeducativa de advertência para demarcar pedagogicamente a conduta anti-social do adolescente. Maioridade civil. A maioridade civil não gera a extinção do processo de apuração de ato infracional ou das medidas socioeducativas aplicadas. Proveram. Unânime. (AP nº 70006051718, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 04.06.2003.)

Do exposto, considerando que a atividade estatal não pode ficar inerte à prática de atos infracionais, em razão dos reflexos sociais que causam, inclusive para o próprio infrator, dou provimento ao recurso, para que a medida protetiva imposta, cumulada com a medida socioeducativa de liberdade assistida, nos termos do despacho de fl. 31, continue sendo cumprida.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR DÁ PROVIMENTO. PEDIU VISTA O REVISOR.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Kelsen Carneiro) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.10.03, a meu pedido, após votar o Relator dando provimento.

Meu voto é o seguinte:

Na sessão do dia 28.10.2003, pedi vista dos autos para um melhor exame e, depois de fazê-lo com atenção, cheguei à mesma conclusão alcançada pelo ilustre Relator, Des. Erony da Silva.

Nos termos do parágrafo único do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, as normas contidas no referido diploma são excepcionalmente aplicáveis às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Desse modo, se o adolescente, antes de alcançar a maioridade penal, praticar um ato infracional, não ficará, ao atingir os dezoitos anos de idade, livre de medida socioeducativa.

A respeito, já se decidiu:

> O menor infrator que se submeteu a medida socioeducativa, ao completar 18 anos, não pode ter extinta a restrição profilática. O art. 2º, parágrafo único, do ECA, excepcionaliza hipótese para aplicação dos preceitos ali contidos, mesmo após o menor completar 18 anos, impondo reforma à decisão que, por via obliqua, extinguiu a punibilidade (*RT*, 736/682).

Por outro lado, ainda que o novo Código Civil tenha reduzido idade para se alcançar a maioridade civil, passando-a para 18 anos, a mudança não trouxe qualquer repercussão no ECA, por se tratar este diploma de lei de caráter especial, enquanto aquele outro é de caráter geral.

Pelo exposto, também dou provimento ao recurso ministerial, fazendo-o nos termos do judicioso voto do Relator.

Sem custas.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO - INSERÇÃO DE FALSA ANOTAÇÃO DE VÍNCULO LABORAL EM CARTEIRA DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO EMPREGADOR - FALSIDADE INAPTA PARA DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE ATO OU FATO JURÍDICO RELEVANTE - DOCUMENTO SUJEITO A POSTERIOR VERIFICAÇÃO - CRIMES NÃO TIPIFICADOS

- Para que se caracterize o crime de falso, é mister que a falsidade seja apta a enganar e causar repercussões na órbita dos direitos ou das obrigações. A falsa declaração de vínculo empregatício, sujeita a posterior verificação, inserida em carteira de trabalho, com o fim de comprovar relação de emprego, não se presta à tipificação do delito de falsidade ideológica, se o documento não contém a assinatura do empregador, pois, neste caso, o contrato laboral não se aperfeiçoa, não sendo os dados falsos hábeis, por si próprios, para demonstrar a existência de ato ou fato jurídico, originar direitos, estabelecer vínculo e criar situação jurídica. Assim, não se mostrando caracterizada a falsidade ideológica, não se pode, por conseqüência, cogitar do crime de uso de documento falso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 306.953-1/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Falsidade ideológica e uso de documento falso - Crimes não tipificados - Inserção em carteira de trabalho de falsa anotação de vínculo laboral - Ausência de assinatura do empregador no contrato - Hipótese em que a falsidade, por si só, não era apta para demonstrar a existência de ato ou fato jurídico relevante - Documento também sujeito à verificação - Recursos providos - Absolvição. - A falsa declaração de vínculo empregatício inserida na carteira de trabalho, com o fim de comprovar relação de emprego, não se presta à tipificação do delito de falsidade ideológica, se o documento não contém a assinatura do empregador, pois, neste caso, o contrato laboral não se aperfeiçoa, não sendo os dados falsos hábeis, por si próprios, para demonstrar a existência de ato ou fato jurídico, originar direitos, estabelecer vínculo e criar situação jurídica. Se a declaração prestada pelo agente estava sujeita necessariamente à verificação de sua veracidade, não se tem como caracterizado o crime de falsidade ideológica, pois, para fins de incidência do art. 299 do CP, é indispensável que o declarado tenha força probante por si só, vale dizer, que seja apto para produzir efeito independentemente de qualquer verificação posterior.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Altair Vilar de Jesus Guimarães, Geraldo Vilar Guimarães, Reyne de Oliveira Silva, Luiz Gonzaga dos Santos, Lécio

José de Barros, Nilson Teixeira da Costa, Randolfo Guimarães da Costa, Nelson Zagne, Geraldo Luiz de Paula e Eustáquio Moreira de Oliveira foram denunciados como incursos nos arts. 299 e 304, c/c arts. 29 e 69, todos do Código Penal, mediante a seguinte acusação:

> ... no final do ano de 1998, o denunciado Eustáquio Moreira de Oliveira concordou em empregar em sua empresa, Reboques Vale do Aço Ltda., os denunciados José Paulino, Lécio José e Reyne, para que os mesmos pudessem integrar a Chapa 1 nas eleições do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Siderúrgicas, Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e de Informática de Ipatinga, Belo Oriente e Santana do Paraíso - SINDIPA como metalúrgicos em atividade. Consta que Eustáquio encarregou Reyne de levar ao seu contador, Márcio, as carteiras de trabalho dos três, entregando-lhe o livro de registro de empregados, e ligou para o contador informando que estava contratando um pessoal e Reyne estaria levando as carteiras de trabalho para o registro, sem mencionar, no entanto, o número de empregados que estaria contratando. Os denunciados Geraldo Vilar Guimarães, José Paulino da Silva, Luiz Gonzaga Santos, Lécio José de Barros, Nilson Teixeira da Costa, Randolfo Guimarães da Costa, Nelson Zagne e Geraldo Luiz de Paula entregaram suas carteiras de trabalho ao denunciado Reyne, o que levou ao contador de Eustáquio as carteiras de trabalho dos oito denunciados acima citados e também a sua, voltando no dia seguinte para buscar as carteiras de trabalho nas quais constava o registro do contrato de trabalho para que fossem assinadas pelo empregador.
>
> Após alguns dias, Reyne compareceu na empresa de Eustáquio e entregou-lhe as nove carteiras de trabalho para serem assinadas. Eustáquio, apesar da insistência de Reyne, recusou-se a assinar, inclusive as três que havia concordado inicialmente, e pediu as carteiras para cancelar os registros, mas Reyne prontificou-se a cancelá-los e devolver as carteiras a seus donos. Eustáquio concordou e procedeu ao cancelamento do registro no livro de empregados, o qual havia ficado com o contador.
>
> Apurou-se que Reyne não cancelou os registros nas carteiras de trabalho, e os denunciados (todos aposentados, com exceção de Altair de Jesus), visando contrariar o estatuto do sindicato, o qual exige que a chapa a inscrever-se nas eleições deverá ser composta por trinta e dois integrantes, dentre os quais somente seis poderão ser aposentados, utilizaram as carteiras, sabendo que o registro era ideologicamente falso, para a inscrição da Chapa 1 no pleito eleitoral do SINDIPA.
>
> Apurou-se, ainda, que o denunciado Altair de Jesus era candidato à reeleição para a presidência do SINDIPA pela chapa I e, como Presidente do SINDIPA à época, era responsável pela fiscalização da legalidade da documentação da inscrição de chapas. Consta que, tendo acesso à documentação e conhecimento da falsidade, concorreu para a prática da falsidade ideológica e do uso do documento falso, recebendo a documentação como legítima, inscrevendo os componentes da Chapa 1 como metalúrgicos da ativa e recusando-se a apresentar aos componentes das outras chapas a documentação de inscrição da Chapa 1, vindo a fazê-lo somente mediante ordem judicial.

Concluída a instrução, o MM. Juiz julgou em parte procedente a denúncia para condenar os réus nos seguintes termos: Geraldo Vilar Guimarães, Luiz Gonzaga Santos, Lécio José de Barros, Nilson Teixeira da Costa, Randolfo Guimarães da Costa, Nelson Zagne e Geraldo Luiz de Paula como incursos no art. 304 do Código Penal, impondo aos quatro primeiros, ao sexto e ao sétimo a pena de 01 ano de reclusão, no regime aberto, mais pagamento de 10 dias-multa, e, ao quinto, a de 01 ano e 06 meses de reclusão, mais 12 dias-multa; Reyne de Oliveira Silva no art. 304 e art. 299, na forma do art. 71, todos do Código Penal, infligindo-lhe pelo primeiro crime a pena de 01 ano e 06 meses de detenção, no regime aberto, mais 12 dias-multa, e, pelo segundo, 02 anos e 03 meses de detenção, no regime aberto, e 18 dias-multa; Altair Vilar de Jesus Guimarães nas sanções do art. 304, c/c art. 71, c/c art. 29 do Código Penal, impondo-lhe a pena de 02 anos e 03 meses de detenção; e, finalmente, Eustáquio Moreira de Oliveira como incurso no art. 299, c/c art. 71, aplicando-lhe a pena de 02 anos e 03 meses de reclusão, no regime aberto, mais pagamento de 18 dias-multa, substituindo para todos os sentenciados as penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Inconformados, apelaram os réus.

Os primeiros apelantes, Altair Vilar de Jesus Guimarães, Geraldo Vilar Guimarães, Geraldo Luiz de Paula, Reyne de Oliveira, Luiz Gonzaga Santos, Lécio José de Barros, Nilson Teixeira da Costa, Randolfo Guimarães da Costa e Nelson Zagne pretendem a absolvição, alegando que o documento utilizado não tinha possibilidade objetiva de enganar, porquanto o contrato de trabalho não continha a assinatura do empregador. Sustentam, ainda, que desconheciam a ilicitude de suas condutas. Subsidiariamente, protestam pela revisão das sanções impostas, pleiteando, ainda, apenas para Reyne, a absorção do delito de falsidade ideológica pelo de uso de documento falso.

O outro, Eustáquio Moreira de Oliveira, também quer ser absolvido, sustentando que o crime de falsidade ideológica não se caracterizou, pois não assinou as carteiras de trabalho dos outros réus.

Salienta, por outro lado, que houve desistência voluntária de sua parte, pois recusou aqueles documentos.

Com as contra-razões, subiram os autos e, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento.

É o relatório resumido.

Conheço dos recursos, presentes, nos dois, os requisitos legais de admissibilidade.

Pelo que se observa dos autos, os acusados Reyne, José Paulino e Lécio Barros estavam aposentados e, como nessa condição não poderiam integrar uma das chapas constituídas a fim de disputar as eleições para a direção do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Siderúrgicas, Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e de Informática de Ipatinga, Belo Oriente e Santana do Paraíso - SINDIPA, pediram ao réu Eustáquio para admiti-los como empregados - sem exigir a necessária contraprestação - na empresa de sua propriedade, "Reboques Vale do Aço Ltda". Concordando esse com a proposta, avisou ao contador da sua firma que admitiria alguns empregados, sem especificar quantos, determinando, ao mesmo tempo, que procedesse ao preenchimento dos contratos de trabalho nas carteiras respectivas, as quais lhe seriam entregues por Reyne. Não obstante, além da sua carteira de trabalho e da dos outros dois colegas, Reyne levou também as dos demais acusados, igualmente aposentados e integrantes da mesma chapa que ele, exceto a de Altair, sendo todas elas anotadas. Entretanto, Eustáquio, não concordando em fazer a falsa admissão daquele elevado número de funcionários, não assinou nenhum dos documentos, devolvendo-os a Reyne, que se comprometeu a cancelar os indevidos registros. Este, no entanto, ao invés de fazer aquilo a que se comprometeu, entregou as carteiras de trabalho aos seus respectivos donos, que delas se utilizaram para fazer prova da relação de emprego e assim disputar as eleições sindicais mencionadas (fls. 139/140), sendo o encarregado da verificação da regularidade dos documentos o co-réu Altair Guimarães, à época, presidente do sindicato e candidato à reeleição na mesma chapa daqueles outros acusados.

Apesar de os fatos serem incontroversos e se encontrarem seguramente demonstrados pela prova reunida, não vejo, *data venia*, tipificado o crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal.

Como se sabe, para que se caracterize o crime de falso, é mister que a falsidade seja apta a enganar e causar repercussões na órbita dos direitos ou das obrigações.

A respeito ensina MIRABETE:

> Para os fins penais, para que ocorra o crime de *falsum* é necessária a relevância jurídica do escrito, ou seja, que a expressão do pensamento nele contido tenha possibilidade de gerar conseqüências no plano jurídico, seja ela material ou moral. É indispensável que seja apto para fundar ou amparar pretensão jurídica ou provar fato juridicamente relevante. Em conseqüência, a falsidade documental não existe sem ao menos a possibilidade de dano, de prejuízo para terceiro. Falsidade inócua, sem qualquer repercussão na órbita dos direitos ou obrigações de quem quer que seja, não constitui ilícito penal *(Código Penal Interpretado*, 2ª ed., 2001, Atlas, p. 1.798).

No caso em julgamento, forçoso é concluir que os dados inseridos nas carteiras de trabalho de algum dos réus, em que pese conterem em si o requisito da alteração da verdade, não se mostravam aptos para demonstrar a relação de emprego, isto porque, para que o contrato se aperfeiçoe, é mister que o empregador o assine. Não o fazendo, não se pode ter por concluído o ajuste, porquanto um dos contratantes não emitiu a sua aceitação, condição essencial de validade e sem a qual as partes não se vinculam e o contrato não começa a produzir efeitos.

Segundo ensina WASHINGTON MONTEIRO DE BARROS,

> entre presentes, o contrato reputa-se concluído no instante em que o solicitado, a quem foi dirigida a proposta, emite sua aceitação; a doutrina é firme e não existem dúvidas a respeito (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 2ª parte, 23ª ed., 1989, p. 18).

Assim, as falsas declarações de vínculo empregatício inseridas nas carteiras de trabalho não se apresentavam com força probante e, por si próprias, não eram hábeis para demonstrar a existência de um ato ou fato jurídico e jamais originariam direitos, estabeleceriam vínculo ou uma situação jurídica. Se foram aceitas como comprovação da relação de emprego (fato juridicamente relevante), isso não ocorreu por serem aptas para tanto, mas em razão do responsável pela direção do pleito sindical, no caso, repito, o acusado Altair Guimarães, ter conhecimento e ter anuído à fraude, pois, conforme antes explicado, era ele candidato à reeleição na mesma chapa integrada pelos demais apelantes.

Resumindo, serviram-se os réus de meio absolutamente inidôneo para o almejado designio.

Além do mais, aqueles falsos dados inseridos nas carteiras de trabalho, pelos quais alguns dos apelantes pretendiam demonstrar que estavam aptos para a disputa das eleições sindicais, estavam sujeitos à verificação e fiscalização dos demais concorrentes, tanto que vieram a conhecimento público em razão de um adversário político ter descoberto e denunciado toda a fraude (fls. 08/12-TJ), fazendo-o depois de obter na Justiça o direito de examinar aquela documentação, o que, compreensivelmente, não lhe estava sendo permitido pelo co-réu Altair Guimarães, que assim procedia porque sabia que as irregularidades existentes nos documentos da chapa por ele encabeçada seriam, como foram, facilmente constatadas.

Sobre o tema já se decidiu:

> Se a declaração prestada pelo agente estava sujeita necessariamente à verificação de sua veracidade, não se tem como caracterizado o crime de falsidade ideológica, pois, para fins de incidência do art. 299 do CP, é indispensável que o declarado tenha força probante por si só, vale dizer, que seja apto para produzir efeito independentemente de qualquer verificação posterior (*RT*, 779/548).

Assim, não se mostrando caracterizada a falsidade ideológica, não se pode, por conseqüência, cogitar-se do crime de uso de documento falso. Diante disso outra alternativa não nos resta senão absolver os denunciados, um por um.

Pelo exposto, dou provimento aos recursos fazendo-o para, com base no art. 386, III, CPP, absolver todos os apelantes.

Custas, pelo Estado.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

LESÕES CORPORAIS - COABITAÇÃO - AGRAVANTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 61, II, *F*, DO CP - DENÚNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO - OMISSÃO DE CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - IRRELEVÂNCIA

- O crime de lesões corporais é agravado pelo prevalecimento de relações domésticas (art . 61, II, *f*, do CP), quando o agente agride a sua companheira, com quem vivia há vários anos.

- O fato de a agravante não ter sido citada expressamente na denúncia é irrelevante, pois o réu defende-se dos fatos nela narrados, e não da capitulação que lhes é dada pelo Promotor de Justiça.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 328.043-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ERONY DA SILVA

Ementa oficial: Lesões corporais - Coabitação. - Pratica o crime de lesões corporais agravado pelo prevalecimento de relações domésticas aquele que agride sua companheira com a qual vivia há 23 anos.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU, DANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Erony da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Erony da Silva - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais denunciou, na Comarca de Belo Horizonte, Hélio Pulquério Domingos como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, IV, do CP, por ter, em 16 de junho de 1998, por volta das 23h, agredido sua companheira Maria Beatriz dos Santos com uma garrafa de vidro, produzindo-lhe lesões que causaram deformidade permanente em sua face.

A sentença monocrática às fls. 89 e segs. julgou procedente a denúncia e condenou o réu a 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão em regime semi-aberto, substituindo-a por prestação de serviços à comunidade e multa de 30 (trinta) dias-multa com valor unitário mínimo.

Inconformado, apelou o Ministério Público, apresentando suas razões às fls. 109 e segs., nas quais pugna pelo reconhecimento da agravante do art. 61, II, *f*, do CP e pela não-concessão da substituição da pena corporal.

As contra-razões da defesa às fls.123 e segs. são pelo desprovimento do recurso ministerial.

A defesa também recorreu, apresentando suas razões às fls. 130 e segs., nas quais pugna pela não-incidência da agravante da reincidência, bem como pelo reconhecimento da privilegiadora do art.129, § 4º, do CP.

As contra-razões ministeriais às fls. 138 e segs. são pelo conhecimento e desprovimento do recurso da defesa.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls.146 e segs., manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos e, no mérito, pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento do apelo ministerial.

Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Recurso da defesa:

Não obstante o belo trabalho exercido pelo Núcleo de Prática Jurídica da FUMEC, razão não assiste à defesa quanto à incidência da causa de diminuição de pena.

É que não se pode considerar injusta provocação da vítima o simples fato de ela ter retornado para casa embriagada.

A provocação deve ser entendida como uma conduta ativa da vítima em relação ao réu, e não somente por discordar simplesmente da vontade do marido dominador.

Por outro lado, os maus antecedentes não foram considerados em desfavor do réu pelo Juiz, que se limitou a fazer referência a eles, só os levando em conta na segunda fase, quando da aplicação da agravante da reincidência.

A única circunstância judicial levada em conta em desfavor do réu foram as "circunstâncias do crime" conforme se pode ler na sentença:

> Considerando-se uma circunstância judicial desfavorável (circunstâncias) fixo a pena-base, (...).

Pelo exposto, não há falar em *bis in idem*, uma vez que somente a reincidência foi levada em conta.

Nego, pois, provimento ao recurso da defesa.

Recurso do Ministério Público:

Inteira razão assiste ao Ministério Público.

Ficou insofismavelmente demonstrado que o réu se prevaleceu das relações domésticas de coabitação com a vítima, já que com ela vivia em concubinato por cerca de 23 (vinte e três) anos.

Vale frisar que tal circunstância estava descrita implicitamente na denúncia que descreveu a vítima como "companheira" do réu, o que por si só demonstra claramente que réu e vítima viviam no mesmo lar.

Irrelevante o fato de a agravante não ter sido citada expressamente na denúncia, pois, como é sabido, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação que lhes é dada pelo Promotor de Justiça.

Por fim, impossível é a substituição da pena tendo em vista a expressa vedação legal do art. 44, I, do CP, em virtude da violência com a qual o crime foi praticado.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da defesa e dou provimento ao recurso ministerial, para majorar a pena do réu em 3 (três) meses em virtude da agravante do art. 61,II, *f*, do CP, concretizando sua pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semi-aberto.

É como voto.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU, DANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ART. 50 DA LEI Nº 6.766/79 - LOTEAMENTO - IRREGULARIDADES SANADAS ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

- Nos crimes previstos no art. 50 da Lei nº 6.766/79, havendo regularização do loteamento antes do oferecimento da denúncia, deixa de existir a justa causa para a instauração da ação penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 351.967-5/00 - Comarca de Tombos - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Ementa oficial: Crime contra a Administração Pública - Lei 6.766/79 - Absolvição por terem sido as irregularidades sanadas antes do oferecimento da denúncia. - Inexiste justa causa para a ação penal pelos delitos tipificados na Lei 6.766/79 quando há regularização do loteamento antes do oferecimento da denúncia. Recurso provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - Darci Pereira Bastos, inconformado com a sentença que o condenou a um ano e dois meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a onze dias-multa, fixado o valor da unidade em um décimo do salário mínimo, como incurso nas penas do artigo 50, I e II, da Lei 6.766/79 c/c artigo 70 do Código Penal, interpôs apelação, pretendendo a absolvição, por não ter causado prejuízo a ninguém e pelo fato de ter regularizado o loteamento antes do oferecimento da denúncia. Alternativamente, quer a substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária consistente no pagamento de cestas básicas.

Contra-razões do Ministério Público às fls. 273/276-TJ, nas quais se pugna pela manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, nos dias 25 de fevereiro de 1993, 29 de dezembro de 1993, 12 de setembro de 1996 e 5 e 8 de julho de 1997, na Comarca de Tombos, Darci Pereira Bastos firmou contratos de promessa de compra e venda de lotes, situados no loteamento Jardim Europa, que não se encontrava registrado no Registro de Imóveis competente, com as pessoas de Westerclei de Mendonça Ferraz, Luiz Carlos de Mendonça Ferraz, Lindaura Aparecida de Mendonça Ferraz, Edson Dias de Oliveira, Maria de Lourdes Chenque de Oliveira e José Marciano de Oliveira.

Consta ainda que, no dia 4 de janeiro de 1994, Darci hipotecou o imóvel Fazenda da Saudade, local onde se localizava o loteamento Jardim Europa, e continuou firmando contratos de compra e venda, porém omitindo, fraudulentamente, das partes o aludido gravame.

A denúncia foi recebida no dia 14 de outubro de 1999, e a sentença condenatória publicada em mãos do escrivão no dia 1º de agosto de 2002.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu intimado, pessoalmente, desta (fl. 257-TJ).

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e não-provimento ao recurso.

Conheço do recurso, pois o entendo previsto em lei, cabível e adequado, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis ao seu processamento.

Não foram argüidas nulidades e após detalhado exame dos autos, não encontrei qualquer delas que possa e deva ser declarada de ofício por este Tribunal.

Quanto ao exame do mérito.

Examinei cuidadosamente as teses trazidas pela ilustre defesa, comparando-as com a r. sentença guerreada e com as provas constantes dos autos e entendo lhe assistir integral razão em sua pretensão.

Pleiteia o apelante a absolvição, quer pela ausência de prejuízos causados às vítimas, quer por ter efetuado a regularização do empreendimento imobiliário antes do oferecimento da denúncia.

Realmente, conforme alega a defesa, o apelante não impingiu prejuízo algum às vítimas. É o que se conclui da análise de todos os depoimentos prestados pelos compradores na fase judicial, tendo a maioria deles esclarecido já estar de posse da escritura do imóvel que adquiriu.

Os compradores Edson Dias de Oliveira, fls. 183 e 218-TJ, José Marciano de Oliveira, fls. 186 e 219-TJ, afirmam que já possuem a escritura dos imóveis e que nenhum prejuízo sofreram com a negociação.

A testemunha Maria do Carmo de Lana Simões, fl. 185-TJ, mãe de Westerclei de Lana Simões, o qual tomou frente às negociações da compra do lote com o recorrente, relata que já possui a escritura do imóvel e que não sofreu qualquer tipo de prejuízo.

Também Lindaura Aparecida de Mendonça Ferraz afirma em juízo, fl. 210-TJ, que tanto ela quanto seu irmão Luiz Carlos de Mendonça Ferraz já possuem a escritura dos imóveis adquiridos e não menciona ter sofrido prejuízo com a transação.

Por fim, Maria de Lourdes Chenque de Oliveira esclarece, em juízo, fl. 220-TJ, que ainda não possui a escritura do imóvel comprado apenas porque não detém os valores necessários para o pagamento dos custos legais, bem como não relatou ter sofrido prejuízo com o negócio.

Embora a ausência do prejuízo às vítimas não tenha o condão de descaracterizar o delito em tela, todos os testemunhos citados comprovam a alegação do apelante de já haver regularizado o loteamento Jardim Europa, e, consoante os documentos acostados aos autos, tal regularização se deu antes do oferecimento da denúncia.

A aprovação do loteamento pela Prefeitura Municipal de Tombos já havia sido efetuada em 1992, conforme comprova o parecer jurídico acostado às fls. 68/69-TJ, bem como a cópia da Lei Municipal nº 1042, fls. 70/71-TJ e o projeto aprovado juntado às fls. 72/83-TJ.

Desse modo, não teria o apelante nem mesmo cometido o delito previsto no artigo 50, I, da Lei 6.766/79, já que a aprovação do loteamento é anterior à data de 25 de fevereiro de 1993, quando ocorreu o início do loteamento Jardim Europa e a venda de seus lotes.

A hipoteca que recaía sobre o loteamento foi cancelada em 1º de junho de 1999, consoante a certidão cartorária às fls. 156/165-TJ.

A denúncia só foi oferecida em 3 de setembro de 1999, data na qual já haviam sido sanadas todas as irregularidades concernentes ao loteamento.

A douta defesa colaciona entendimento desta Corte do qual compartilho, pois certo é que, nos crimes previstos no artigo 50 da Lei 6.766/79, havendo regularização do loteamento antes do oferecimento da denúncia, deixa de existir a justa causa para a instauração da ação penal, impondo-se a absolvição do acusado. Notadamente, no caso de ausência de prejuízo às vítimas.

É ampla a jurisprudência nesse sentido:

> Mesmo que tenha o agente iniciado a campanha de venda dos lotes antes do loteamento estar registrado, não há cogitar dos delitos previstos nos arts. 50 e 51 da Lei 6.766/79 se sua regularização se verifica antes do oferecimento da denúncia (TJSP - *RHC* - Rel. Dante Busana - *RT*, 647/277). (FRANCO, Alberto Silva, e outros. Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial. Volume 2, p. 2.612, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.)

> Se as irregularidades cometidas em infração à Lei 6.766/79 já estavam sanadas quando do oferecimento da denúncia, inexiste justa causa para a ação penal (TJSP - *HC* - Rel. Aniceto Aliende - *RT*, 617/282). (Op. cit., p. 2.612, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.)

Assim, irrelevante a discussão sobre o conhecimento ou não da hipoteca por parte dos compradores no momento da negociação.

O fim último almejado pela norma em exame é o de resguardar a Administração Pública, em sua atividade de regular a ocupação urbana, bem como proteger os adquirentes de lotes. No presente caso, restou comprovada a prévia aprovação do loteamento e, ainda, que o gravame que recaía sobre o imóvel foi cancelado. Assim, a atividade administrativa não chegou a ser aviltada e os adquirentes dos lotes não chegaram a sofrer qualquer dano.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso e absolvo Darci Pereira Bastos da imputação dos delitos do artigo 50, I e II, da Lei 6.766/79.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

HABEAS CORPUS - INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA - GARANTIA DO ACUSADO - ORDEM CONCEDIDA

- Inexiste óbice a que o interrogatório do acusado se realize por precatória. A despeito de o CPP não contemplar esta modalidade de interrogatório, ela vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência. Tal entendimento reside no fato de que no processo penal não vige o princípio da identidade física do juiz. Conclui-se daí não haver qualquer prejuízo para a acusação resultante do fato de o acusado ser interrogado na comarca em que mantém domicílio, e não naquela em que se deu a prática do delito, mormente se o réu estiver sendo processado por delito de tráfico ilícito de entorpecentes, já tendo as testemunhas sido chamadas, por intermédio de precatória, a prestar depoimento na comarca onde reside o réu, o que recomenda seja feito o interrogatório na mesma audiência de instrução e julgamento, em cumprimento ao que dispõem os arts. 40 e 41 da Lei nº 10.409/2002.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.401796-2/000 - Comarca de Congonhas - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Interrogatório por precatória - Garantia do acusado - Ordem concedida.

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, RATIFICADA A LIMINAR.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Leonardo Costa Bandeira.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Registro que ouvi com atenção a sustentação oral do ilustre advogado e que recebi memorial, ao qual também dei a devida atenção.

Meu voto é o seguinte:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos i. patronos de Lucas Adriane Silva, sob o fundamento de que estaria o paciente sendo constrangido ilegalmente por ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Congonhas, que indeferiu o pedido para que o interrogatório do paciente, denunciado por delito de tráfico ilícito de entorpecentes, se realizasse na Comarca de Belo Horizonte, onde o mesmo reside, determinando que o referido ato processual se fizesse em Congonhas, local em que fora preso em flagrante e vem sendo processado.

Aduziu a defesa (fls. 02/08-TJ), em suma, que, ao ser determinada a realização do interrogatório em Congonhas, incorreu-se em constrangimento ilegal, na medida em que da denúncia constou que o paciente residia em Belo Horizonte, impondo-se que em tal localidade fosse ouvido, e não que fosse obrigado a se deslocar, já estando solto em virtude de ordem de *habeas corpus* concedida pelo STJ, para a comarca em que teria em tese praticado o crime a ele imputado, inclusive diante do fato de que todas as testemunhas seriam ouvidas, através de carta precatória, na Comarca de Belo Horizonte.

O *writ* veio instruído com os documentos de fls. 09/64-TJ.

Liminar deferida à fl. 67-TJ, tendo o i. Magistrado singular, apontado como autoridade coatora, prestado informações à fl. 80, oportunidade em que foram trazidos os documentos de fls. 81/82-TJ.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pela denegação da ordem (fls. 76/79-TJ).

Com efeito, da análise da argumentação trazida pelos i. defensores do paciente, verifico realmente a pertinência da presente impetração, vez que não se mostra justificável que o interrogatório do acusado, ora paciente, fosse designado para se realizar na comarca onde fora o crime de tráfico em tese cometido, e não na comarca em que o mesmo tem seu domicílio, mormente se considerado que todas as testemunhas seriam ouvidas por via de carta precatória em Belo Horizonte.

Assim, em um primeiro momento, de se ver não possuir qualquer relevância o fato de disporem os artigos 40 e 41 da Lei nº 10.409/2002 que o interrogatório do acusado deve ser feito na mesma oportunidade da audiência de instrução e julgamento, em adoção clara ao princípio da concentração, pois no caso enfocado nos presentes autos as testemunhas já tinham sido chamadas a prestar depoimento através de carta precatória em Belo Horizonte, o que recomendaria, até mesmo, como forma de se dar cumprimento ao conteúdo dos dispositivos em questão, que o interrogatório do paciente se fizesse da mesma forma e na mesma localidade, ou seja, em Belo Horizonte.

Por outro lado, impõe-se anotar que não há óbice a que o interrogatório se realize por via de precatória, já havendo, inclusive, provimentos de alguns Tribunais de Justiça admitindo esta possibilidade, a despeito da ausência de previsão legal, o que também vem sendo diuturnamente admitido pela doutrina e jurisprudência, conforme se vê do julgado a seguir transcrito:

> Interrogatório judicial - Realização por precatória - Admissibilidade. - Embora o CPP não contemple esta modalidade de interrogatório, ela vem sendo aceita pela doutrina e jurisprudência, não se constituindo em nulidade absoluta, capaz de autorizar a concessão do *writ* (TARS - *HC* - Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo - *RT*, 726/745).

Saliente-se, por oportuno, que a essência deste entendimento está no fato de que no processo penal não vige o princípio da identidade física do juiz, donde se concluir não haver qualquer prejuízo para a acusação para que o interrogatório se realizasse em outra comarca que não aquela em que se deu a prática do crime, sendo certo que o processo penal moderno caminha no sentido de se prestigiar e se valorizar a pessoa do acusado, a quem se deve, tanto quanto possível e desde que obedecidas as formalidades legais, propiciar o desenvolvimento do processo com um mínimo possível de constrangimentos.

Por tais razões, concedo a ordem, a fim de que seja determinada a expedição de carta precatória à Comarca de Belo Horizonte, cidade de residência e domicílio do paciente, onde se deverá proceder ao seu interrogatório.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo com o Relator.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR.

PENA - REMIÇÃO - PRÁTICA DE FALTA GRAVE - FUGA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 127 DA LEI Nº 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL)

- A prática de fato definido como falta grave - fuga - acarreta a perda pelo reeducando do direito à remição da pena pelos dias trabalhados anteriores à fuga. O direito à remição, mesmo que reconhecido em decisão anterior, sujeita-se ainda a determinadas condições, dentre elas o bom comportamento do sentenciado. Qualquer desvio que venha a caracterizar falta grave enseja a perda dos dias remidos, uma vez que a remição da pena não constitui direito adquirido.

RECURSO DE AGRAVO Nº 351.990-7/00 - Comarca de João Monlevade - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Criminal - Agravo em execução - Remição da pena após cometimento de falta grave - Descumprimento do artigo 127 da Lei de Execuções Penais - Impossibilidade. - Não é possível manter o benefício da remição ao condenado punido pelo cometimento de falta grave. Deve ele perder os dias remidos, conforme preceitua o artigo 127 da Lei de Execuções Penais, pois a remição não constitui direito adquirido.

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, 25 de novembro de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso de agravo em execução oferecido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Comarca de João Monlevade, contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de João Monlevade, que deferiu o pedido do réu Thiago Henrique de Oliveira (condenado à pena de três (03) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pelo crime de tráfico de entorpecente), para a remição da pena por trabalho externo, em obra pública, mesmo ele tendo cometido falta grave, fuga da prisão, sendo recapturado após certo tempo, ao fundamento de que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Alega, o recorrente, em síntese, às fls. 02/10, que houve regularidade procedimental, pois, após ser recapturado, o réu compareceu em audiência e apresentou suas justificativas, exercitando, assim, o seu direito de defesa; que a fuga está arrolada na LEP como falta grave, devendo o condenado perder o direito à remição, nos termos do artigo 127 do mesmo instrumento legal.

A questão a ser decidida é simples.

Está claramente comprovado nos autos que o apelante cometeu falta grave ao cometer ato de fuga, descumprindo o preceito de artigo 127 da Lei de Execuções Penais, que diz:

> O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

O reclamado foi intimado para comparecer em juízo e apresentou suas justificativas, exercitando assim o seu direito de defesa, recebendo como punição a revogação do trabalho externo em obra pública.

O condenado foi punido pelo cometimento de falta grave, fuga, e deve perder os dias remidos, pois a remição da pena não configura um direito adquirido, e o bom comportamento carcerário é seu dever. Qualquer desvio que venha a caracterizar a falta grave enseja a perda dos dias remidos.

Assim se manifesta este Tribunal:

> Processual Penal - Processo de execução - Remição da pena - Prática de falta grave - Incabimento. - A prática de fato definido como falta grave - fuga - acarreta a perda pelo reeducando do direito à remição da pena pelos dias trabalhados anteriores à fuga. - O direito à remição, mesmo que reconhecido em decisão anterior, sujeita-se ainda a determinadas condições, dentre elas o bom comportamento do sentenciado - Inteligência do artigo 127 da Lei de Execução Penal (RA nº 313.939-1 - Rel. Des. Tibagy Salles - 1ª Câmara Criminal).

Deve, ainda, ser ressaltado que o cometimento de falta grave vai de encontro com a primordial função da pena, que é a ressocialização do condenado, devendo seu comportamento ser observado durante o cumprimento da pena, pois mostra como está sendo sua recuperação.

Com essas razões, dá-se provimento ao recurso ministerial para cassar a decisão agravada e decretar a perda dos dias remidos pelo condenado em face do cometimento de falta grave, na forma do artigo 127 da Lei 7.210/84.

Sem custas.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

RESISTÊNCIA - DOLO - AUSÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA DE BEM DE TERCEIRO - EXCLUDENTE DE ILICITUDE

- O crime de resistência exige, para a sua configuração, o dolo no procedimento do agente, consistente na consciência de que está resistindo a ato legal do funcionário. Se o acusado se opõe à penhora e à remoção do bem, porque considera ser ilegal e injusto o ato do oficial de justiça, visto que dito bem já não mais lhe pertencia, fica evidente a ausência de dolo na conduta do réu, pois está ele a supor que protege propriedade de terceiro, devendo ser reconhecida em seu favor a excludente de ilicitude.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 339.428-5/00 - Comarca de Santa Rita de Caldas - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Ementa oficial: Crime de resistência - Dolo - Exigência - Legítima defesa de bem de terceiro - Excludente - Absolvição. - Evidente a ausência do dolo na conduta do apelante que considerava sua resistência ao ato como legítima, protegendo bem de terceiro, o que caracteriza causa excludente de ilicitude. Recurso provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - Jair Osseti, inconformado com a sentença que o condenou a um ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso nas penas do artigo 329, § 1º, do Código Penal, interpõe apelação requerendo sua absolvição, sob as alegações de que as condutas das vítimas propiciaram os acontecimentos, além de que não houve ameaças graves por parte do apelante.

Contra-razões ministeriais pelo provimento do apelo.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 26 de agosto de 1999, na Cidade de Ipuiuna, Comarca de Santa Rita de Caldas, oficiais de justiça, em cumprimento a mandado de penhora extraído dos autos de execução movida pela Caixa Econômica Federal contra Jair Osseti, foram até a casa deste para penhorar sua camioneta Ford F-1000, ano 1995, placa CBM 9622. A parte credora foi nomeada depositária do bem penhorado, em virtude da recusa do devedor em assumir o cargo, motivo pelo qual o Juiz determinou a remoção do bem.

No entanto, o recorrente desobedeceu à ordem judicial de remoção, opondo-se à execução do ato, mediante ameaça aos oficiais de justiça, dizendo que "somente após morto a mesma poderia ser removida" e que "levaria junto com ele aqueles que tentassem tirar a camioneta".

Apurou-se que, ato contínuo, Jair desacatou o oficial Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira, no exercício de suas funções, dizendo-lhe que estava agindo de má-fé, com o fim de ofender e desprestigiar o funcionário público.

A denúncia foi recebida em 06 de dezembro de 2000, e a sentença condenatória publicada em 28 de novembro de 2002.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu intimado pessoalmente desta (fl. 221-TJ).

A Procuradoria de Justiça opina pela absolvição do apelante.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível e adequado, preenchendo os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares e não foram encontradas nulidades a serem declaradas de ofício por este Tribunal.

No mérito.

Com efeito, não pode ser mantida a condenação imposta a Jair Osseti, pois não vejo nos autos a presença do elemento subjetivo do tipo. Vejamos:

Conforme ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça, Jair supunha ser injusta a penhora e remoção do veículo, que não mais lhe pertencia, tendo sido vendido antes da data da penhora (fl. 83-v.), situação que já havia sido informada anteriormente ao oficial. Para substituir o bem e comprovar sua boa-fé e vontade de garantir a execução, o apelante, naquele momento, ofereceu, no lugar da camioneta, um trator de sua propriedade, o que não foi aceito.

Como se vê, na concepção de Jair, a conduta do oficial de justiça, que insistia na penhora e remoção de um bem que não era seu e se recusava a aceitar, em troca deste, outro de sua legítima propriedade, estava eivada de ilegalidade e injustiça. Diante disso, entendeu que sua atitude de proteger propriedade de terceiro (no caso, seu próprio filho) era correta e legítima. Faltou o tipo subjetivo, o dolo, indispensável à caracterização do delito que ora se apura. E, mesmo quando culposo, o erro quanto à legalidade do ato exclui o dolo.

Assim, não se pode dizer que está configurado o elemento subjetivo do injusto no crime de resistência, consistente na consciência de que estivesse

o agente resistindo a ato legal do funcionário, isto porque, da forma como se passaram os fatos, infere-se que aquele tão-somente veio a demonstrar a sua revolta por entender, repita-se, que o ato era ilegal.

Neste sentido:

> O comportamento rude, malcriado e deselegante do acusado para com oficiais de Justiça, opondo-se ao cumprimento do mandado de que eram portadores, não configura, por si só, o delito de resistência. Impõe-se, também, a existência do dolo no seu procedimento, ao impedir a concretização do ato legal (TJSP - *RT*, 509/357 e *RJTJESP*, 122/499).

Assim, entendo que ficou evidente a ausência do dolo na conduta de Jair Osseti, pois, repita-se, considerava que sua resistência ao ato era legítima, protegendo bem de terceiro, e ilegal o ato dos oficiais, motivo pelo qual acompanho o entendimento do Procurador de Justiça, no sentido de que figura em favor do apelante uma causa excludente de ilicitude: a legítima defesa de bem de terceiro.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso interposto por Jair Osseti para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal.

Façam-se as comunicações de praxe.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PECULATO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - APROPRIAÇÃO DE DINHEIRO EM RAZÃO DO CARGO - PROVAS CONSISTENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONFIGURAÇÃO DO DELITO

- Se o funcionário público, em razão de seu cargo, utiliza-se de cheque de propriedade da prefeitura para se apropriar de dinheiro público, fica evidenciado o dolo necessário à configuração do crime de peculato.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0210.01.003751-8/001 - Comarca de Pedro Leopoldo - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Peculato - Funcionária pública - Apropriação de dinheiro público em razão do cargo - Absolvição - Impossibilidade - Provas consistentes da autoria e materialidade - Delito configurado - Condenação mantida.

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, 27 de novembro de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Tatiane Felícia dos Santos, inconformada com a r. sentença de fls. 357/365-TJ, que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para condená-la nas sanções do art. 312, *caput*, do Código Penal, interpõe recurso de apelação, sustentando a insuficiência de provas consistentes da autoria. Alega que a sentença condenatória se baseou unicamente no depoimento da testemunha Edriane Tarabal da Silva Maia, que atribuiu à apelante a autoria do delito. Aduz que o contexto probatório demonstra que não foi a apelante quem compareceu ao caixa do Banco Credipel e procedeu ao desconto de um cheque com assinaturas falsificadas do Prefeito e Secretário de Fazenda do Município de Confins, alegando que tudo não passou de uma trama armada pela referida testemunha para ocultar seus erros profissionais. Alega ainda que o laudo pericial de fls. 129/146, juntado por sua defesa, esclarece que a assinatura constante no verso do cheque apresenta notórias divergências gráficas com os padrões da acusada, além do que, no dia dos fatos a apelante não estava de posse de sua carteira de identidade, pois a mesma havia sido furtada conforme comprovam os documentos de fls. 63/64. Sustenta que o depoimento da referida testemunha é contraditório, no que diz respeito à sua relação de conhecimento com a apelante. Aduz, ainda, que seu cartão de ponto pode confirmar que não foi a ré quem compareceu ao banco para fazer o saque, pois permaneceu no serviço até às 17h01m. Alega ainda a ausência das elementares "em razão do cargo" ou ainda "valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário", de modo que a conduta se mostra atípica. Alega que nunca teve a função de guarda dos talonários de cheque do Município, sendo que sua função era apenas a de preenchê-los, porém pegá-los antes com a funcionária Ana Auxiliadora ou com o próprio Secretário de Fazenda. Por fim, pleiteia a reforma do *decisum*, para absolvê-la do delito que lhe fora imputado (fls. 369/378-TJ).

Contra-razões ministeriais às fls. 382/384-TJ pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

A d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 389/398-TJ).

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Com efeito, não há como prosperar o recurso interposto.

Insurge-se a apelante contra a sentença que a condenou nas penas do art. 312 do CP, em razão de ter se apropriado da quantia de R$1.763,00 (mil, setecentos e sessenta e três reais), através do saque do cheque nº 000925, da conta corrente mantida pela Prefeitura Municipal de Confins, aproveitando-se da condição de funcionária pública municipal, já que ocupava o cargo de Auxiliar de Contabilidade.

A materialidade do delito encontra-se consubstanciada pelos laudos periciais de fls. 198/201 e 248/252. A autoria também é induvidosa, embora negada pela apelante.

Trata-se de crime funcional, próprio, material, em que só o funcionário público pode figurar no pólo ativo, e se caracteriza com a apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que tenha a posse.

Alega a acusada que estaria sendo vítima de uma trama armada contra ela, vez que não compareceu ao referido banco no dia dos fatos, e naquela época seus documentos haviam sido roubados.

Todavia, as alegações da apelante não estão a merecer credibilidade. A testemunha Edriane Tabaral da Silva, caixa do banco onde foi realizado o saque, reconheceu a acusada, tanto no inquérito como em juízo, como tendo sido a pessoa que lá compareceu para descontar o referido cheque. Ademais, o laudo pericial oficial constante dos autos concluiu pela autenticidade da assinatura da ré no verso do cheque em questão.

A alegação da acusada de que teve seus documentos roubados não merece credibilidade, pois, conforme se observa, os documentos anexados pela ré às fls. 63/64 são datados de 29 e 30 de março de 2001, portanto, posteriores à data do fato (24.01.2001), não tendo assim qualquer valia.

Assim, o dolo, necessário à configuração do delito, restou sobejamente comprovado nos autos, quando, por livre e espontânea vontade, a acusada, em razão do cargo, utilizou-se do referido cheque de propriedade da Prefeitura para se apropriar de dinheiro público.

Desse modo, entendo que todas as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável à apelante, o que acertadamente autorizou um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de peculato.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se, via de conseqüência, a r. sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - TESTEMUNHA ARROLADA COM CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE NÃO ENCONTRADA - CIÊNCIA AO ADVOGADO - AUSÊNCIA DE PROTESTO - CONCORDÂNCIA DO DEFENSOR COM O PROSSEGUIMENTO DA SESSÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA - AUSÊNCIA - JULGAMENTO COM BASE NUMA DAS VERSÕES DOS AUTOS - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INEXISTÊNCIA - VEREDICTO POPULAR - CASSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Certificada a ciência dos advogados quanto à não-localização de testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade e havendo concordância com o prosseguimento da sessão de julgamento, sem qualquer protesto, não há que se falar em nulidade.

- Não age amparado pela excludente da legítima defesa quem, embora eventualmente agredido, recolhe-se à sua residência para armar-se e ao local retorna para ferir o desafeto.

- Somente se admite a cassação do veredicto popular por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando a decisão for arbitrária, chocante, escandalosa e totalmente divorciada das provas produzidas no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário. Se existem duas ou mais versões razoáveis nos autos, podem os jurados, em sua soberania, optar por qualquer delas, não podendo a decisão ser cassada, sob pena de se negar vigência ao princípio da soberania do Júri.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 322.482-1/00 - Comarca de Inhapim - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Júri. 1) Preliminar - Nulidade - Inocorrência - Testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade não encontrada - Intimação da defesa que não providenciou a sua localização - Insistência para a oitiva em plenário - Concordância em prosseguir no julgamento sem qualquer protesto - Preliminar rejeitada. 2) Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Legitima defesa - Inocorrência - Agressão passada. - Quem é agredido e se recolhe à sua residência para se armar e encontrar o desafeto não pode invocar legitima defesa. Veredicto que rejeitou a excludente apoiado nos elementos de convicção reunidos no processo. - Apenas se admite a cassação do veredicto popular, por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for arbitrária, chocante, escandalosa e totalmente divorciada das provas produzidas no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário. Optando o Júri por uma das versões que encontram apoio na prova, o veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado. - Desprovimento 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 REJEITAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Na Comarca de Inhapim, José Ferreira de Oliveira, qualificado, nos autos, foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, recebendo a pena de 06 (seis) anos de reclusão, no regime semi-aberto, sob a acusação de haver, no dia 16 de setembro de 1998, por volta das 04h, na Rua Francisco Barbosa Primo, em frente ao nº 311, juntamente com sua companheira Efigênia Aparecida Vieira e com a ajuda do menor P.H.S., desferido golpes de porrete na vítima José do Carmo Lourenço Moreira, causando-lhe as lesões mortais descritas no laudo de necropsia de fl. 47.

Não se conformando com a condenação, apelou da decisão, requerendo, em preliminar, a nulidade do julgamento. Sustenta que a testemunha de nome Iron Felipe de Oliveira, arrolada com cláusula de imprescindibilidade, não foi encontrada, não tendo a defesa sido intimada da impossibilidade de localização da mesma. No mérito, busca a realização de um novo julgamento, ao argumento de que o primeiro teve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sendo esta no sentido de que agiu amparado pela excludente da legítima defesa.

Respondido o recurso, subiram os autos e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento.

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

A preliminar de nulidade não merece acolhida.

Consta da ata de julgamento que, durante a sessão, os defensores do acusado insistiram na oitiva da testemunha Iron Felipe de Oliveira, arrolada na contrariedade ao libelo, com cláusula de imprescindibilidade, e que não foi encontrada. Todavia, alertados pelo MM. Juiz-Presidente de que haviam sido intimados da não-localização da referida testemunha (fl. 177-verso), os advogados concordaram em prosseguir no julgamento, sem qualquer protesto.

Assim, certificada a ciência dos advogados quanto à não-localização da testemunha e, mais, havendo concordância com o prosseguimento da sessão de julgamento, sem qualquer protesto, não há que se falar em nulidade.

Rejeito a preliminar.

Passo ao mérito.

Conforme temos reiteradamente dito, repetido e decidido neste Tribunal, apenas se admite a cassação do veredicto popular, por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for arbitrária, chocante, escandalosa e totalmente divorciada das provas produzidas no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário.

Não é o caso.

Segundo consta, no dia dos fatos, a vítima e o réu se encontravam no interior de um bar, bebendo, quando iniciaram uma discussão, tendo aquela, então, tentado agredi-lo com um pedaço de madeira. O acusado foi até a sua casa, armou-se com um porrete e, junto com sua companheira, retornou ao local. A vítima, avistando os dois vindo em sua direção, lançou-lhes um copo, sendo por eles perseguida e, assim que imobilizada, foi mortalmente golpeada na região da cabeça.

O réu não nega a autoria do delito. Justifica o seu ato afirmando que José do Carmo o agrediu. Todavia, as testemunhas não corroboram a sua versão, dizendo, ao contrário, que não houve qualquer agressão partida do ofendido que justificasse reação tão violenta.

Eduardo Santana de Oliveira, que presenciou o homicídio, em plenário, afirmou:

> ...que no dia dos fatos estava próximo a um bar conversando com a vítima, a qual já tinha feito bastante uso de bebida alcoólica, quando passado algum tempo chegou o acusado e adentrou ao citado bar; que posteriormente a vítima também entrou no bar e começou uma discussão entre os dois; que a vítima pegou um pedaço de pau para atingir o acusado; que o acusado saiu para sua casa tendo voltado com sua esposa e a pessoa conhecida como "P.", todos munidos com um pedaço de pau em suas mãos; que quando a vítima viu o acusado e demais as pessoas vindo em sua direção jogou um copo para acertá-los e saiu correndo; ato contínuo a esposa do acusado conseguiu alcançar a vítima atingi-la com um golpe de paulada na cabeça da vítima (*sic*); que o acusado, após a vítima cair no solo, deu cerca de quatro a cinco pauladas na cabeça da vítima... (fls. 202/203-TJ).

Ao contrário do alegado, nas oportunidades em que foi ouvido, Eduardo deu a mesma versão aos fatos, sendo que o testemunho de João Bôsco Lourenço, pessoa que chegou ao local dos fatos pouco depois do crime, vem confirmar que o menor não mentiu:

> ... que E.S. comentou com o depoente que a vítima foi assassinada a pauladas; que E.S. contou para o declarante que tanto o réu José Ferreira, quanto a ré Efigênia desferiram pauladas na vítima; (...) que quando o declarante conversou com o menor E., este ainda não tinha conversado com o Policial Ivair; que foi o declarante que acionou a polícia para ir até o local do crime... (fl. 79).

O policial Ivair Moreira Fernandes, por sua vez, disse o seguinte:

> ... que tomou conhecimento de tal fato através do menor E.S.; que o menor acima referido, disse ao declarante, que os acusados desferiram pauladas na vítima, sendo que a dona Efigênia desferiu uma paulada, isto é, a primeira; ... que o declarante chegou a conversar com o adolescente P.H.S.; que o P. disse que estava em sua casa quando o acusado Zé Chiquinho chamou a esposa e também acabou por chamá-lo; que o referido P. disse ao declarante que foi chamado para 'acertar contas' com a vítima; que P. disse que a vítima saiu correndo, quando viu as pessoas, isto é, o próprio e os dois réus, dirigindo-se em sua direção, ocasião em que o primeiro desferiu uma pedrada na vítima, sem contudo acertá-la; que ato contínuo a dona Efigênia deu uma paulada na vítima, sendo que esta levantou o braço, ocasião em que o golpe atingiu a referida parte do corpo, levando-a ao chão; que depois o primeiro acusado desferiu golpes de pau na cabeça da vítima... (fl. 77).

Ora, diante dos depoimentos de Ivair Moreira Fernandes e de João Bosco Lourenço, fica afastada a alegação de que não merece credibilidade a versão apresentada pelo menor E. Se ele contou, para mais de uma pessoa e em Juízo, a mesma narrativa, não se pode desacreditar das suas palavras.

Por outro lado, admitindo que houve, realmente, uma injusta agressão contra o acusado, não se pode dizer que a sua reação foi legítima. Quem, como ele, é agredido e procura armar-se para ir de encontro ao ofensor não age amparado pela excludente da legítima defesa. Nesse sentido:

> Não pode invocar legítima defesa quem, embora eventualmente agredido, recolhe-se à sua residência para armar-se e ao local retorna para ferir o desafeto. É que inexiste justificativa contra agressão passada (*JUTACRIM*, 82/272).

Por fim, nunca é demais repetir que, se existem duas ou mais versões razoáveis nos autos, podem os jurados, em sua soberania, optar por qualquer delas, não podendo a decisão ser cassada, sob pena de se negar vigência ao princípio da soberania do Júri.

No caso examinado, ao acatarem a versão da acusação, os jurados não decidiram ao arrepio da prova, mas apenas optaram pela versão que admitiram a mais correta. E não há dúvida de que, na espécie dos autos, mostra-se imperioso reconhecer que a decisão do Júri se confirma com a prova existente, razão pela qual não se pode desconstituí-la, ao fundamento de ter sido contrária à prova dos autos.

> Ainda que se admita haja duas versões, ambas aceitáveis, a jurisprudência dominante é no sentido de que o veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado. A escolha por uma delas não corporifica uma decisão inteiramente contrária à prova dos autos (*RT*, 607/354).

Com estes fundamentos, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

REVISÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA OS COSTUMES - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA DE INJUSTIÇA NA SENTENÇA - NECESSIDADE - VÍTIMA MENOR - REPRESENTAÇÃO OFERECIDA PELA MÃE - POSSIBILIDADE

- É lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir uma condenação que, em tese, revelou-se injusta. Para tanto, o peticionário deverá trazer aos autos prova que demonstre a injustiça da decisão revidenda. Se seus argumentos não passam de meras alegações desprovidas de fundamentação, não há elementos suficientes para desconstituir a coisa julgada.

- É inadmissível a utilização da revisão criminal como uma segunda apelação, uma vez que o juízo revisional não comporta nova avaliação de prova.

- Tratando-se de crime contra os costumes, praticado contra menor, a representação oferecida pela mãe da vítima é perfeitamente válida, principalmente se ela era quem tinha a guarda de fato da menor.

REVISÃO CRIMINAL Nº 349.712-0/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Atentado violento ao pudor - Decadência do direito de representação - Inocorrência - Representação feita pela mãe da vítima - Validade - Negativa de autoria isolada nos autos - Ausência de elementos aptos a comprovar o desacerto da decisão condenatória - Pedido revisional indeferido.

Acórdão

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de revisão criminal ajuizada por João Batista de Sousa, com fulcro no art. 621 do CPP, objetivando-se a sua absolvição do crime de atentado violento ao pudor com violência presumida, ao qual foi condenado. Alega o peticionário a preliminar de nulidade, uma vez que a representação caberia ao pai, e não à mãe da menor, pelo que teria ocorrido a preclusão do direito de representação. No mérito, sustenta que sua condenação se deu baseada em meros indícios, vez que não havia provas suficientes a autorizar o decreto condenatório (fls. 02/05-TJ).

A d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido da rejeição da preliminar suscitada e no mérito pelo indeferimento do pedido (fls. 47/49-TJ).

A decisão condenatória transitou livremente em julgado em 10.10.2000 conforme certidão de fls. 161 dos autos principais.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre salientar que o pressuposto primordial da revisão, qual seja, a existência de um processo criminal com sentença condenatória transitada em julgado se faz presente, pelo que o conhecimento do mérito da *quaestio* é impositivo.

Com efeito, é cediço que o princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, uma vez que é lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir uma condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

O peticionário alega que a representação caberia ao pai da menor, e não à mãe. Entretanto, é entendimento que a representação pela mãe da vítima é perfeitamente válida, já que era ela quem tinha a guarda de fato da menor.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> Crime de estupro; revisão criminal. Validade da representação feita pela mãe da vítima (STF - *RTJ*, 77/661).

> A mãe tem qualidade para oferecer representação e qualquer objeção só pode partir do pai, não do réu (TJSP - *RT*, 388/96).

Por outro lado, não há que se falar em decadência do direito de representação, vez que a vítima era menor, e o prazo decadencial só começaria a correr quando a ofendida completasse 18 anos, pois, antes de completar essa idade, ela não pode representar ou oferecer queixa, não sendo jurídico que possa correr, nessa hipótese, o prazo para o exercício de direito assegurado em lei.

Todavia, após uma acurada análise do fundamento trazido pelo peticionário, qual seja, da ausência de provas consistentes de sua participação no delito, conclui-se que razão alguma está a socorrê-la, na medida em que não trouxe aos autos qualquer prova que demonstrasse ser a decisão condenatória contrária ao contexto probatório, vez que seus argumentos não passaram de meras alegações totalmente desprovidas de fundamentação e sem qualquer elemento capaz de comprovar a veracidade das mesmas.

Ademais, é entendimento já sedimentado, que ao autor incumbe provar o desacerto da sentença condenatória, o que não foi feito no caso *sub judice*, pois o peticionário não conseguiu demonstrar a injustiça da decisão, não havendo, portanto, elementos suficientes para desconstituir a coisa julgada, até porque o requerente se utilizou dos mesmos argumentos já invocados na apelação criminal interposta. Entretanto, é cediço que não se admite a utilização da revisão criminal como uma segunda apelação, uma vez que o juízo revisional não comporta nova avaliação da prova.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> Em sede de revisão criminal, inverte-se o ônus da prova. Ao autor incumbe provar o desacerto da sentença ante os elementos probatórios. Assim, se a condenação está apoiada na prova existente nos autos, não se pode pretendê-la contrária à evidência neles existentes (TJSC - *JCAT*, 68/446).

> Em sede revisional, cabe ao interessado demonstrar, incontestavelmente, a injustiça da decisão, revidenda, não lhe sendo útil para desconstituir a coisa julgada invocar existência de mera dúvida probatória (TACRSP - *RT*, 686/341).

É inadmissível, em sede de ação revisional, o reexame de matéria exaustivamente debatida, tanto em primeiro grau quanto em segundo grau de jurisdição, como se fora uma nova apelação (TACRSP - *RJDTACRIM*, 24/495).

Portanto, ao contrário do alegado, nota-se que a r. decisão recorrida teve respaldo nas provas dos autos, estando a negativa de autoria perpetrada pelo peticionário totalmente isolada no contexto probatório.

Em face de tais considerações, indefiro o pedido revisional.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores José Antonino Baía Borges, Márcia Milanez, Tibagy Salles, Jane Silva, Antônio Carlos Cruvinel, Sérgio Braga, Erony da Silva, Paulo Cézar Dias, Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende e Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, INDEFERIRAM O PEDIDO.

DESACATO - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - RURÍCOLA QUE MANIFESTA SUA INDIGNAÇÃO DIANTE DA PRISÃO DE SEU PAI - APREENSÃO DE ESPINGARDA DE FABRICAÇÃO CASEIRA EM SUA RESIDÊNCIA - RELÍQUIA DE FAMÍLIA - INCONSCIÊNCIA DA ILICITUDE - AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO - ATIPICIDADE DAS CONDUTAS

- É inepta a denúncia que qualifica como conduta típica do crime de desacato o "empurrar as mãos do delegado", ausente, ainda, a vontade de desacatar, que não foi provada pela acusação.

- A despeito da prevalência da corrente que defende a tese de que a posse de arma de fogo sem autorização, em qualquer circunstância, configura crime - tese esta que, na verdade, melhor se ajusta à política criminal vigente, imposta pela nova lei -, não se pode descurar da razoabilidade, a ser aferida no caso concreto. Assim, querer que um cidadão rurícola se ponha a ir à cidade em busca de legalização da arma caseira que herdou dos avós é desconsiderar a realidade.

- Manifesta a inconsciência da ilicitude por parte do agente, bem como a ausência de ofensividade da conduta, dá-se pela atipicidade dos atos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 320.257-9/00 - Comarca de Divino - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Desacato e posse ilegal de arma de fogo - Rurícola que manifesta sua indignação diante da prisão de seu pai - Apreensão de espingarda de fabricação caseira em sua residência Relíquia de família - Inconsciência da ilicitude - Ausência de ofensa ao bem jurídico protegido - Atipicidade das condutas - Recurso provido - Absolvição decretada.

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, 02 de outubro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Inconformado com a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Divino, que o condenou às penas de um ano de detenção e dez dias-multa, por infração do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, e de seis meses de detenção, incurso no art. 331 do Código Penal - concedida a substituição das penas privativas de liberdade impostas por restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade -, interpôs o réu João Teixeira Neto o presente recurso apelatório.

Bate-se o recorrente pela absolvição, alegando que não desacatou os policiais, tendo apenas manifestado indignação diante da prisão de seu pai, e que a arma de fogo apreendida em sua residência, de fabricação caseira, era uma relíquia de família, que há muito não era utilizada.

Com as contra-razões de fls. 132/138, subiram os autos, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo provimento do recurso, com a determinação de que seja devolvida ao apelante a espingarda apreendida.

No principal, é o relatório.

Atendidos que se acham os pressupostos exigidos à sua admissibilidade, conheço do recurso.

E dou-lhe provimento, em consonância com o lúcido parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra do Doutor Waldemar Antônio de Arimatéia, cujos fundamentos, por sua precisão, peço vênia para transcrever, adotando-os como razão de decidir:

> São duas as imputações, das quais o apelante quer se ver livre: posse desautorizada de arma de fogo e desacato.
>
> *a.1.* Traz a denúncia, *verbis*:
>
> '... ao ver seu genitor preso, recolhido na viatura policial, o incriminado passou a desacatar a autoridade policial que coordenava a diligência, Dr. Alessandro Amaro da Matta, dizendo-lhe algo e bom som que nenhum dos policiais fariam nada com o seu pai, para, em seguida, empurrar-lhe as mãos, num gesto de afronta e menosprezo para com o exercício de sua função pública' (fl. 03).
>
> Essa seria, pois, a descrição do crime de desacato.
>
> Para mim, é, nesse ponto, *inepta a denúncia*. Não há aqui descrição de conduta típica. Considerar que 'empurrar as mãos do Delegado' é desacatar-lhe é superdimensionar o fato.
>
> Destaco, ainda, outro ponto.
>
> A ação do apelante não se revestia da vontade de desacatar. Ao menos não há prova dessa intenção. E essa era ônus da acusação.
>
> Ora, qualquer pessoa, simples ou soberba, bronca ou culta, desde que seja das criadas nas Gerais, não ia ficar quieta - ao ponto de nem sequer poder gesticular ou ao menos esbarrar nas mãos do Delegado -, ao ver o próprio pai preso. Se assim não é em outras paragens, onde o respeito ao pai não chega a tanto, aqui não posso admitir.
>
> Não há, *in casu*, assim, ação típica, já que para essa é exigido o dolo. E as declarações do próprio Delegado Alessandro Amaro da Matta revelam a verdadeira intenção do apelante, *verbis*:
>
> '... que João Teixeira Neto ao ver seu pai preso ficou muito nervoso e disse o seguinte: 'vocês não vão fazer nada com meu pai', e veio em direção ao declarante esbravejando, momento em que o declarante com o mandado de busca em mãos, apresentou ao mesmo, momento em que *o referido empurrou a mão do Declarante e foi em direção a seu pai (Lalá Teixeira), tentando tirar o mesmo das mãos dos Policiais*' (fl. 30).
>
> Sob outro aspecto, e afinal, verifica-se que se tratava de uma ação policial em uma propriedade rural. Longe dos citadinos e dos que podiam entender que o inconformismo de um filho significaria desprestígio para a autoridade policial.
>
> Ninguém, afora os policiais, presenciou a ação do apelante. A conduta, pois, não atingiu o bem jurídico protegido.
>
> *a.2.* Resta a posse desautorizada da arma.
>
> Para não voltar de mãos vazias a Polícia, autorizada por mandado, foi ter ao interior da casa do apelante onde encontrou uma espingarda de carregamento anticarga.
>
> O nome, de aparente pompa, revela apenas a existência de uma espingarda de fabricação caseira.
>
> Era uma dessas das quais nem registro se consegue.
>
> Ora, em uma fazenda ao menos uma arma é necessário. Se na cidade poucos conseguem ser atendidos pelo 190, na roça isso se põe como impossível. Mas não é apenas por conta dos ladrões que uma arma se faz necessário.
>
> Até mesmo por conta de um animal raivoso. Para não dizer mais.
>
> Querer, por fim, que um cidadão rurícola se ponha a ir à cidade em busca de legalização da arma caseira que, como no caso, herdou dos avós, é desconsiderar a realidade.
>
> Ademais, tampouco se fez prova de que ele sabia da necessidade de se buscar, conforme determinou a lei recente, o registro de uma arma caseira.
>
> Mas, parece que, naquele dia, nem arma caseira a Polícia deixou para trás. Naquelas casas legumes não foram cortados. Cana-de-açúcar, para o gado, também não. Fumo não se picou. É que *também as armas brancas* foram arrecadadas, conforme informou o policial Eduardo Moreira de Carvalho à fl. 30:
>
> '... que na residência do referido foi encontrado uma espingarda calibre 12, com farta munição, além de várias armas brancas...'

Aqui o ampara o erro sobre elemento constitutivo do tipo (fls. 143/147).

Endossando os lúcidos argumentos contidos no parecer, é de se acrescentar que, segundo esclareceu o próprio Delegado que participou da operação policial, o acusado nem sequer tinha ciência de sua condição de Autoridade Policial da Comarca e de que ali estavam em cumprimento de mandado de busca e apreensão.

Noutro giro, a despeito da prevalência da corrente que defende a tese de que a posse de arma de fogo sem autorização, em qualquer circunstância configura crime - tese esta que, na verdade, melhor se ajusta à política criminal vigente, imposta pela nova lei -, não se pode descurar da razoabilidade, a ser aferida no caso concreto.

Como assinalam LUIZ FLÁVIO GOMES e WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA:

> ainda que a hermética interpretação da lei conduza à tipicidade da conduta daquele que possui uma arma sem registro, o certo é que tal circunstância deve ser encarada dentro de um contexto fático. Se a conduta demonstrar uma escassa ou quase nula lesividade, e vier acompanhada de um sério comprometimento do estado anímico do agente (ausência ou desvio de dolo), não será possível a incidência da norma penal, ante a inexistência de 'interesse público' na repressão penal. Somente podemos falar que existe tal 'interesse público' na punição quando a paz jurídica se vê prejudicada acima de interesses individuais, e a ponto de a persecução penal ser considerada um objetivo atual da coletividade. Para aferir esse 'interesse público punitivo', a *ratio* da persecução penal deve ser analisada segundo todas as considerações de prevenção geral disponíveis, confrontadas com argumento de prevenção especial relativas ao autor. Desde essa perspectiva sobre a 'punição do agente' que possui ilegalmente uma arma em casa, convém consultar previamente o interesse público na reprimenda penal. Tal interesse público somente estará justificado se a fala de sanção puder provocar previsivelmente a comissão de mais fatos delitivos e quando a presença de dolo for manifesta. Sob este prisma seria perfeitamente admissível a incidência do princípio da insignificância como critério material de justiça que proporcione a correção do sistema e o encontro de soluções mais aproximadas do razoável (*in Lei das Armas de Fogo*, 1ª ed., 2ª t., São Paulo, RT, 1999, p. 102/103).

Esta, sem sombra de dúvida, a hipótese dos autos.

Manifesta a inconsciência da ilicitude por parte do agente, bem como a ausência de ofensividade da conduta, a desnaturar a tipicidade.

Com estas considerações, provejo o recurso interposto para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Deixo, contudo, de determinar a restituição da arma - sugerida no parecer -, diante de sua regular apreensão. Sua destinação será aquela determinada no art. 14 da Lei 9.437/97.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - CONCUBINA - UNIÃO ESTÁVEL - CRIME NÃO CARACTERIZADO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 206 E 208 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

- A Constituição Federal reconheceu a união estável entre homem e mulher, equiparando-a à entidade familiar. Assim, a companheira deve fazer parte do rol daqueles que podem recusar-se a depor, mas, se o fizer, não se lhe deferirá o compromisso legal, e, portanto, não se caracteriza o crime de falso testemunho.

- A suspensão dos direitos políticos é uma conseqüência da condenação, não devendo a sentença sobre ela se manifestar, salvo para determinar ou não a comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 346.356-9/00 - Comarca de Oliveira - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Ementa oficial: Falso testemunho - Concubina - União estável - Crime não caracterizado - Absolvição - Sentença condenatória - Suspensão dos direitos políticos. - A concubina não está obrigada ao compromisso legal, em razão de sua união estável com o réu, e, portanto, não se caracteriza o crime de falso testemunho. A suspensão dos direitos políticos é conseqüência da condenação, não devendo a sentença sobre ela se manifestar, salvo para determinar ou não a comunicação ao egrégio Tribunal Regional Eleitoral. Negado provimento.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - Diane Carla Dias e Laércio José Apolinário foram denunciados e processados como incursos nas sanções do artigo 342, *caput* e §1º, do Código Penal, e, ao final, Diane foi absolvida, e Laércio condenado nos termos do artigo 342, *caput*, do Código Penal, a um ano e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, e a trinta dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença para que Diane Carla Dias seja condenada nos exatos termos da denúncia, ao argumento de que ela prestou o compromisso legal, apesar de o Juiz tê-la considerado isenta do dever de falar a verdade ao equipará-la, equivocadamente, a cônjuge de Geraldo Eustáquio. E, quanto a Laércio José Apolinário, quer o Ministério Público que seus direitos políticos sejam suspensos expressamente, nos termos da Constituição Federal.

Contra-razões às fls. 350/352 e 356/357-TJ, pelo não-provimento do recurso.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 24 de maio de 1999, durante a tarde, no interior do Salão do Júri, na Rua do Levante, 42, Centro, Oliveira, Laércio José Apolinário, ao dar testemunho sobre fatos que envolveram a morte de Elídia Mariano Deolindo Chagas, ocorrida em 13 de novembro de 1995, à beira da rodovia BR-381, fez afirmação falsa e negou a verdade.

Continua a inicial dizendo, em síntese, que, em depoimento judicial anterior, Laércio declarou ter visto Elídia como passageira no automóvel de Geraldo Eustáquio, acusado e condenado pelo homicídio, mas em plenário trocou a narrativa dizendo, falsamente, que confundira Elídia Mariano Deolindo Chagas com Diane Carla, a amásia de Geraldo Eustáquio.

Quanto à recorrida Diane Carla, diz a denúncia que ela, na mesma Sessão do Júri, afirmou, falsamente, que ela é quem ia com o amásio Geraldo Eustáquio, na noite de 13 de novembro de 1995, quando ele foi até o Posto Labareda, onde trabalhava Laércio Apolinário, para abastecer o veículo com gasolina, e que não se separou por um só instante do companheiro naquele dia.

A denúncia foi recebida no dia 07 de julho de 2000, e a sentença publicada em mãos do escrivão no dia 06 de agosto de 2002.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido os réus intimados desta (fl. 340-v.-TJ).

A Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, porque previsto em lei, cabível e adequado, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis ao seu processamento.

Não foram argüidas nulidades, nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que possa e deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito.

A materialidade e a autoria encontram-se satisfatoriamente amparadas pelos testemunhos prestados pelos réus, no processo que apurou o homicídio (fls. 159/162-TJ) e através dos interrogatórios nos quais confessaram haver mentido na sessão do Júri (fls. 198/201-TJ).

A questão contra a qual se insurgiu o Ministério Público, em relação a Diane Carla, diz respeito à absolvição levada a efeito pelo ilustre Juiz *a*

quo com base na isenção de dizer a verdade. Diz o recorrente que Diane não era companheira de Geraldo e não fazia jus à equiparação constitucional, e, além do mais, prestou o compromisso de dizer a verdade.

Ao analisar as razões de sua irresignação, cheguei à conclusão de que o Magistrado ponderou corretamente a questão.

De fato, o Ministério Público, na ação que condenou Geraldo Eustáquio, considerou desde o início que Diane Carla era sua concubina (fl. 05-TJ). Novamente, nas alegações finais (fl. 119-TJ) afirmou categoricamente que "o acusado, apesar de casado e de manter um relacionamento amoroso com a vítima, *vivia com uma terceira mulher, Diane Carla Dias*..." (grifei).

A relação de dependência, à época, ficou ainda mais evidente no interrogatório da recorrida (fls. 200/201-TJ) em que ela expressou que:

> a comprovação dos fatos indiciaria o seu amásio e, provavelmente, levaria a sua prisão, havendo esse lhe afirmado que, acaso fosse preso, a depoente e seu filho passariam por privações econômicas e, em especial, alimentícias, que não trabalhava naquela época e era sustentada exclusivamente pelo Sr. Geraldo Eustáquio.

A condição de companheira reconhecida pelo Ministério Público, anteriormente, foi agora negada, mas sem nenhuma prova convincente, e, por tal motivo, aquela versão deve ser mantida, pois é mais favorável à ré. Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável entre homem e mulher, equiparando-a à entidade familiar, e, assim, nada mais natural que a companheira faça parte do rol do artigo 206 do Código de Processo Penal, posto que foi alçada ao nível do cônjuge, entre as pessoas que podem recusar-se a depor, mas, se o fizer, não se lhes deferirá o compromisso legal, a teor do artigo 208 do Código de Processo Penal.

Pois bem, o compromisso assumido por Diane Carla foi uma irregularidade, e dela não se poderia humanamente exigir que testemunhasse contra seu companheiro e pai de seu filho. Tanto é assim, repita-se, que a própria lei previu os casos em que não há crime de falso testemunho, como na presente hipótese. Nossos tribunais já decidiram neste sentido:

> Falso testemunho - Não-caracterização - Depoimento prestado por concubina - Reconhecimento da união estável como entidade familiar - Dispensa do compromisso de dizer a verdade - Sentença confirmada - Votos vencedor e vencido (TJSP - 3ª C. Extr. Crim. - AC 211.043-3 - Rel. Geraldo Xavier - j. em 04.03.1998 - *JTL-Lex*, 212/282).

A absolvição foi muito bem aplicada e deve ser mantida.

Quanto à declaração da suspensão dos direitos políticos de Laércio, entendo que o recurso também não deve ser atendido.

A Constituição Federal, em seu artigo 15, enunciou a suspensão do exercício dos direitos políticos nos casos de "condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos", entendendo-se, aqui, como efeitos sobre o exercício pleno deste direito.

Porém, mesmo sendo a suspensão dos direitos políticos uma conseqüência da condenação, não deve a sentença sobre ela se manifestar, salvo para determinar ou não a comunicação ao egrégio Tribunal Regional Eleitoral, que tomará as medidas cabíveis.

Vê-se, pelos embargos declaratórios, que o Magistrado tem tal entendimento, e entende-se que ele a comunicará ao TRE.

O recurso ministerial não abrangeu a referida comunicação, que deveria ter sido requerida em primeiro grau, e ela não pode ser determinada por este Tribunal sem exceder os limites temáticos da apelação criminal deduzida.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Erony da Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO - NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO DA VÍTIMA PARA CONTINUAR COM A AÇÃO PENAL - PRAZO DECADENCIAL DE SESSENTA DIAS - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- A aplicação da hipótese prevista no inciso VIII do art. 107 do CP tem o objetivo de resguardar a nova família que está constituída, e a extinção da punibilidade faz sepultar a lembrança do registro que marcou a vida da ofendida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 344.867-7/00 - Comarca de Ouro Preto - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processo penal - Atentado violento ao pudor - Casamento da vítima com terceiro - Necessidade de pedido expresso da vítima para continuar com a ação penal - Prazo decadencial de sessenta dias para oferecimento do desejo de prosseguir com a ação penal - Art. 107, inciso VIII, do Código Penal - Dispositivo que tem o objetivo de resguardar a nova família que está constituída e a extinção da punibilidade faz sepultar a lembrança do registro que marcou a ofendida - Extinção da punibilidade correta - Recurso não 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo representante do Ministério Público em face de sentença de fls. 91/97, que julgou extinta a punibilidade de Roberto da Costa Torres com fulcro no art. 107, VIII, do Código Penal, argumentando que a v. sentença não considerou a conduta ilícita imputada ao acusado, que fora praticada mediante violência ou grave ameaça; que a própria vítima em juízo teve receio de responder às perguntas formuladas, respondendo somente por escrito; que a sentença reconheceu a existência do delito, colecionados elementos de prova suficientes a amparar a denúncia; que se trata de ação pública incondicionada, assim a teor do disposto do art. 225, II, do CP, não necessitando de pedido da vítima para prosseguimento do processo, pois o autor da ação penal é o Ministério Público, requer seja dado provimento ao recurso, para anular a decisão, para que outra seja proferida (fls. 99/101).

Contra-razões do apelado às fls. 103/105, no sentido de que seja negado provimento ao recurso ministerial.

A seu turno a d. Procuradoria de Justiça instada a se manifestar opinou às fls. 109/118, pelo provimento do recurso, com a reforma da decisão em sua integralidade condenando o apelado nos termos da exordial.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.Com efeito, o recurso interposto pelo órgão acusatório não está a merecer provimento, estando correta a decisão, tendo em vista que a sentença absolutória foi posterior ao casamento da vítima com terceiro, daí resultando a aplicação do inciso VIII do art. 107 do Código Penal.

Primeiro, cabe salientar que a violência ou grave ameaça do pai contra a filha não restou provada, e a alegação de que o temor da vítima pelo apelado a impediu de responder às perguntas formuladas pela d. Magistrada, só o fazendo por escrito, não serve como prova, uma vez que tal atitude é própria da vítima, conforme averiguamos na observação feita quando prestou suas declarações na fase extraprocessual "... que o digitador teve dificuldades de adquirir maiores informações da vítima...", e no auto de corpo delito "... Paciente orientada no tempo e espaço, não tem boa comunicação devido à inibição..." (fls. 15/17-v.), o que afasta a tese da acusação da existência da violência ou grave ameaça.

De outro norte de todo o processado, pode-se inferir, com facilidade, que a vítima, ao narrar o fato à autoridade policial, registrou que contava, à época do fato, com dezoito anos de idade, daí o desencadeamento da ação penal, conforme determina o art. 225, § 1º, II, do CP, visto que não está considerada a hipótese no § 2º do mesmo diploma legal.

Pois bem, baseado no fato de ser a ação pública incondicionada, entende o Órgão Ministerial

que não se aplica nesta hipótese o inciso VIII do art. 107 do CP, o que, na verdade, não condiz com o contido no texto. É que o dispositivo tem o objetivo de resguardar a nova família que está constituída e a extinção da punibilidade faz sepultar a lembrança do registro que marcou a ofendida.

Certamente, o MP está considerando que não se aplicaria o dispositivo porque, na parte final, se admite a continuação da ação penal se houver pedido expresso da ofendida, o que seria dispensável em se tratando de ação pública incondicionada, quando o prosseguimento independe da vontade da vítima. A interpretação, contudo, deve ser feita de forma mais favorável ao denunciado, posto que não distinguindo a lei, não há como o intérprete distinguir. Assim, não excepcionando o dispositivo a situação em que a ofendida está sob o pátrio poder do pai, não é correto ao exegeta fazer a exceção.

No caso em tela, além de não pedir o prosseguimento, pode-se ver que a vítima, ao prestar depoimento no curso em juízo afirmou "que não quer que seu pai seja punido pelo fato" (fls. 64/65), a mostrar que efetivamente não convém nem à ofendida que o processo tenha prosseguimento.

Destarte, uma vez que o prazo de decadência é de 60 dias para o oferecimento do desejo de prosseguir com a ação penal e não havendo tal manifestação, resta extinta a punibilidade, como bem decidido em primeiro grau.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA REAL - DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO - AUSÊNCIA DE PROVA EM RELAÇÃO ÀS OUTRAS INFRAÇÕES - RETRATAÇÃO DA VÍTIMA - CONFLITO DE SUA PALAVRA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA - ABSOLVIÇÃO

- Comprovado que os fatos que levaram à condenação pela infração de estupro com violência presumida ocorreram há aproximadamente dois anos antes de a genitora da menor ter representado contra o réu, mesmo tendo ela pleno conhecimento do relacionamento havido entre ele e a sua filha àquela época, opera-se a decadência, nos termos do art. 38 do CPP, extinguindo-se a punibilidade do agente.

- O fato de a vítima de estupro, por intermédio de justificação judicial, desmentir e desautorizar as suas anteriores declarações incriminadoras do réu, somado à existência de relacionamento amoroso de longa duração entre eles e às visitas feitas por ela ao réu na cadeia e, ainda, à prova de que depois dos fatos mantiveram consentidas relações sexuais faz imperar dúvidas quanto à autoria delitiva, impondo-se a absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 338.491-4/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Crimes sexuais - Estupro com violência presumida e estupro e atentado violento ao pudor com violência real - Decadência do direito de representação em relação ao primeiro delito - Pedido de providências da representante legal da menor decorrido prazo superior a 06 meses da ciência do fato - Extinção da punibilidade - Ausência de prova em relação às outras duas infrações - Retratação da vítima - Conflito de sua palavra com outros elementos de prova - Existência de relacionamento amoroso de longa duração entre ela e o réu - Visitas da primeira ao segundo na cadeia, após a ocorrência dos fatos - Prova de consentidas relações sexuais entre os dois, depois dos fatos - Absolvição - Recurso provido - Expedição de alvará de soltura.

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 JULGAR, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO E DAR PROVIMENTO AO SEU APELO PARA ABSOLVÊ-LO DAS DEMAIS IMPETRAÇÕES, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A.L.A., vulgo P., foi denunciado como incurso nos arts. 213, *caput*, 213, c/c 224, *a*, 214 e 244, todos do Código Penal, mediante a seguinte acusação:

> Na data de 29.08.2000, por volta das 19:00 horas, no bairro Fraternidade, Governador Valadares-MG, o denunciado constrangeu a menor P.A.M., de 14 anos de idade, a manter com ele relação sexual, coito anal e sexo oral, mediante graves ameaças e violência real, conforme *acd*, de fls. 15-18.
>
> Infere-se dos autos que, na mesma localidade, desde os 11 anos de idade a ofendida mantinha relacionamento, afetivo com o denunciado, culminando por manter relacionamento sexual com o agente, mediante violência presumida, dando ensejo a uma gravidez aos 12 anos de idade.
>
> Após o nascimento de sua filha, o autor deixou, sem justa causa, de prover a subsistência da mesma, não lhe proporcionando os recursos necessários.
>
> Na data dos fatos, o agente levou a ofendida para uma casa, obrigando-a, mediante ameaças de morte com uma faca em seu pescoço, cortes de cabelo com uma tesoura e, agressões físicas variadas, a manter com o mesmo conjunção carnal, coito anal e sexo oral (inclusive engolindo seu sêmen).
>
> O exame de corpo de delito aponta escoriação de 3,5 cm com hematoma no cotovelo direito da vítima, de cabelo cortado, além de lesões na vagina e no ânus.

Concluída a instrução, a MM.ª Juíza julgou em parte procedente a denúncia para condenar o réu como incurso no art. 213, *caput*, art. 213 c/c art. 224, *a*, e art. 214, na forma do art. 69, todos do Código Penal, impondo-lhe a pena total de 18 anos de reclusão, no regime fechado, sendo 06 anos para cada uma das infrações.

Inconformado, apelou o réu, pretendendo a absolvição e com a alegação de que não existem provas suficientes para a condenação, baseada simplesmente na palavra da vítima, que desmentiu, em Juízo, as acusações que contra o mesmo antes fizera.

Com as contra-razões, subiram os autos e, nesta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Observo, preliminarmente, que os fatos que levaram à condenação pela infração de estupro com violência presumida ocorreram aproximadamente dois anos antes de a genitora da menor ter representado contra o réu (fl. 11), mesmo tendo ela pleno conhecimento do relacionamento havido entre ele e a sua filha.

Ora, nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal, o ofendido, ou seu representante, decairá do direito de representação se não exercê-lo dentro do prazo de 06 meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

A respeito já se decidiu:

> Opera-se a decadência, extinguindo-se a punibilidade do agente, se decorrido o lapso de tempo superior a seis meses entre a data do conhecimento do fato e aquela em que foi exercido o direito de representação (*RT*, 608/356).

Portanto, quanto àquele crime, extinta se encontra a punibilidade do réu, pela manifesta decadência.

Examinando o mérito, e fazendo-o em relação aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor com violência real, não encontrei a mesma certeza da MM.ª Juíza *a quo* a respeito da culpabilidade do réu.

No caso, a principal prova se resume na palavra da menor, que disse haver recebido, através de uma amiga de nome R., um recado ameaçador do réu, para que fosse à sua residência. Atendendo ao seu chamado, ali compareceu, sendo por ele brutalmente agredida e obrigada a manter relações sexuais normais, praticar sexo oral, sendo ainda constrangida ao coito anal.

A palavra da menor, no entanto, não se reveste da credibilidade necessária para servir de arrimo

para uma condenação. A tal R. não foi ouvida nos autos, para confirmar o aludido recado ameaçador do réu e, depois do encerramento da instrução, P., a vítima, prestou novas declarações em juízo , oportunidade em que desmentiu as acusações antes feitas contra aquele que a teria molestado, o que, para mim, já seria suficiente para trazer dúvida ao espírito do julgador (fls. 183/184), como bem retrata a ementa abaixo transcrita:

> Nos delitos contra os costumes, dada a natureza ontológica dos mesmos, a acusação tem como fulcro, geralmente, a palavra da ofendida. Logo, se ela própria vem, posteriormente, através de justificação judicial, desmentir e desautorizar as suas anteriores declarações incriminadoras do réu, essa prova posterior, ainda que serôdia e suspeita, gera um mínimo de dúvida quanto à autoria delitiva, tornando insustentável a condenação (*RT*, 403/102).

A par disso, falta a ofendida com a verdade quando afirma que apenas se relacionava com o réu porque era por ele forçada. Não é crível que, dos 11 anos aos 14 anos de idade, viesse sendo ela, continuadamente, constrangida a manter relações sexuais com aquele, sem que ninguém tenha noticiado tal fato e sua família tomado providências, apesar de sua genitora ter pleno conhecimento do relacionamento existente entre os dois.

E mais reforça este entendimento o fato de a menor, após a prisão do réu, visitá-lo na cadeia todos os domingos, como revelou a sua mãe no depoimento de fls. 190/191.

A relação existente, é verdade, parecia tumultuada, pois a menor saia com outros homens, o que parecia gerar um certo ciúme no acusado. É o que se depreende da comunicação de serviço feita pelos detetives designados para investigar os fatos, que esclareceram:

> Que as informantes acrescentaram que a menor P. tem um comportamento desaprovável, ou seja, a mesma, sempre manteve relacionamento amoroso com o autor, no entanto, não respeitava o mesmo, eis que mantém relacionamento com outros homens, e em virtude disso vêm as confusões entre a menor e o autor (fl. 27).

No mesmo sentido é o depoimento do cunhado de P., W.H.J., que disse o seguinte:

> Esclarece o depoente que P. foi amasiada com A. e possui uma filha na faixa de dois anos, entretanto, os comentários que surgiram na ocasião dos fatos de que P. havia traído A. com outro homem, ao tomar conhecimento desta traição A. não a quis mais como mulher; ressalta o depoente que P. não tem juízo, quando amasiada com A. às vezes saía a noite, retornava de madrugada; que a vizinhança toda ficou sabendo que P. havia traído A. e acredita que A. tenha agredido fisicamente P. em virtude da traição (fl. 41).

Entretanto, provas concretas indicando que o réu obrigou a menor a com ele se relacionar sexualmente por mais de três anos não existem, existindo sim no sentido de que o relacionamento era consentido e com o conhecimento da família daquela.

Outra circunstância que chama a atenção é a de que, logo após os fatos, ocorridos no dia 29.08.2000, a ofendida certamente manteve consentidas relações sexuais com o acusado, pois dele teve outra filha em julho do ano seguinte (fl. 152).

O exame de corpo de delito também não comprova o estupro e muito menos o atentado violento ao pudor, na medida em que não constatou qualquer lesão no ânus da vítima e a verificada na vagina é decorrente de contágio venéreo (fls. 17/18).

Por sua vez, a versão do acusado, na Polícia (fls. 39/40), admitindo ter cortado o cabelo de P. com uma tesoura e negando a violência sexual, é coerente com os elementos de convicção acima apontados e no sentido de que a agrediu pelo fato de haver sido por ela traído com outro homem. São suas as palavras:

> P. o procurou, querendo reatar o relacionamento, contudo, o declarante não a quis pois não aceitava traição de P., entretanto, esta passou a perturbar constantemente em sua residência, querendo reconciliar, eis que ficava irado, pois sempre lembrava de sua traição, então certa vez, P. ao chegar em sua residência com intuito de reconciliarem, cortou todo seu cabelo com uma tesoura, pois tinha certeza que esta tomaria ódio de sua pessoa... (fl. 39).

Finalmente, é a própria mãe da ofendida quem esclarece "que P., desde os sete anos de idade, sempre foi muito mentirosa e por isso sempre deu muito trabalho" (fl. 190).

Portanto, neste contexto em que impera a dúvida, a absolvição se impõe.

Pelo exposto, de ofício, julgo extinta a punibilidade do réu Adriano Luiz Alves em relação ao crime de estupro com violência presumida, em face da decadência, e dou provimento ao seu recurso para absolvê-lo das demais imputações, determinando a imediata expedição em seu favor de alvará de soltura.

Custas, pelo Estado.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - JULGARAM, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO E DERAM PROVIMENTO AO SEU APELO PARA ABSOLVÊ-LO DAS DEMAIS IMPETRAÇÕES, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - ATROPELAMENTO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

- Havendo evidências de que a vítima estava no campo visual do acusado e de que este, não obstante, avançou com o caminhão, deliberadamente, sobre ela, não há falar-se em delito meramente culposo. Em tal contexto, na melhor das hipóteses, teria o réu, conscientemente, assumido o risco de produzir o resultado que se verificou, nele consentindo.

- V.v.: - Tendo as afirmações da defesa encontrado amparo em alguns elementos de prova trazidos para os autos, não se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos e, conseqüentemente, em cassação da decisão, uma vez que, havendo mais de uma versão sobre os fatos, é lícito ao Tribunal do Júri optar por uma delas, não podendo a decisão ser anulada, sob o fundamento de que contraria a prova dos autos. *(Des. José Antonino Baía Borges)*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 344.654-9/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Júri - Homicídio duplamente qualificado - Atropelamento - Desclassificação para homicídio culposo - Decisão manifestamente contrária à prova - Recurso da acusação provido - Veredicto cassado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Roberto Santana.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Confesso que este processado me impôs a sua releitura por mais de uma vez e, agora, ouvi atentamente a sustentação do ilustre advogado.

Gustavo de Castro Rispoli Alves viu-se denunciado e pronunciado na Comarca de Uberlândia, incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, em razão de haver, em data de 9 de abril de 1995, na Avenida Afonso Pena, região central daquela cidade, conduzindo um caminhão, atropelado, propositadamente, a vítima José Gonçalves dos Santos Júnior, causando-lhe os ferimentos descritos no relatório de necropsia de fl. 12, causa eficiente de sua morte.

Submetido o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca, procederam os jurados à desclassificação do crime para a sua modalidade culposa, vindo a ser fixada a reprimenda em um ano de detenção, substituída por prestação pecuniária equivalente a cinqüenta salários mínimos, a serem pagos ao representante legal da vítima.

Inconformado, interpôs o Órgão do Ministério Público o presente recurso apelatório. Bate-se o recorrente pela cassação do veredicto, por manifestamente contrário à prova dos autos, que, segundo alega, estaria a retratar a prática de um homicídio doloso. Alternativamente, pleiteia a fixação da reprimenda em patamar mais elevado, com sua substituição por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação

pecuniária, esta no valor de 360 salários mínimos, tendo em vista a condição econômica privilegiada do réu.

Com as contra-razões de fls. 532/551, subiram os autos, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo provimento do recurso, a fim de que seja cassada a decisão, procedendo-se, caso não seja acolhida a pretensão principal, à adequação da reprimenda, como requer o apelante.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo.

Procede o inconformismo da acusação.

Ao desclassificarem a infração para a sua modalidade culposa - por apertada margem (4x3), diga-se de passagem -, decidiram os jurados em manifesto desacordo com a prova coligida.

Ao que se vê dos autos, naquela fatídica madrugada de 9 de abril de 1995, em um semáforo situado em um cruzamento existente na Avenida Floriano Peixoto, em Uberlândia, réu e vítima - que se achavam, respectivamente, na direção de um caminhão VW e de um Chevrolet Ipanema - iniciaram um desentendimento por questões de trânsito.

Mais adiante, em outro semáforo, este localizado na Avenida Afonso Pena, ambos pararam seus veículos, tendo o ofendido, José Gonçalves dos Santos Junior, o "Zezinho", descido de seu carro e se dirigido até o caminhão do acusado, Gustavo de Castro Rispoli Alves. José Gonçalves aproximou-se da janela do caminhão, do lado do motorista, e, dali, manteve um breve diálogo com Gustavo, tendo-lhe exibido um cartão. Em seguida, acenando para o acusado, afastou-se, cruzando à frente do caminhão, indo em direção ao seu automóvel. Neste momento, Gustavo, que estava acompanhado de duas garotas, acelerou o veículo que conduzia, colocando-o em movimento, vindo a atropelar "Zezinho".

A despeito do acontecido, o acusado não deteve a marcha de seu veículo, tendo deixado o local.

José Gonçalves foi imediatamente socorrido por dois amigos que estavam em seu carro e que a tudo presenciaram. Entretanto, levado para o hospital, não resistiu aos graves ferimentos sofridos, vindo a falecer.

Apresentou o acusado duas versões para o fato.

Perante a autoridade policial, disse que teve uma rápida discussão com a vítima e que esta o teria ameaçado. Assustando-se com um movimento feito por "Zezinho", "para pegar alguma coisa por trás" (fl. 14-v.), arrancou com o caminhão, "seguindo seu destino" (*id*). *Não* teria percebido, porém, o atropelamento, que, segundo ele, só chegou ao seu conhecimento no dia seguinte, através dos telejornais.

Em juízo, alterando significativamente suas declarações iniciais, alegou que, em virtude de um desentendimento ocorrido no trânsito, José Gonçalves veio tomar-lhe satisfações, indagando-lhe se era "caminhoneiro". Diante de sua resposta negativa, "Zezinho" mostrou-lhe um cartão, cujo conteúdo não chegou a identificar, manifestando certa indignação ao ser por ele questionado acerca da utilidade daquele papel. Ato contínuo, a vítima se retirou, atravessando à frente do caminhão, em direção ao seu carro. Neste instante, a pedido das garotas que o acompanhavam, arrancou com o caminhão, seguindo em frente, sem notar que havia atropelado o ofendido.

Esta a versão por ele ratificada, parcialmente, em plenário.

Ora, a par da evidente contradição nas declarações de Gustavo - que, a princípio, chegou a esboçar a existência de uma excludente em sua conduta -, verifica-se que foram elas infirmadas pelos testemunhos tomados, especialmente pelos depoimentos de suas duas acompanhantes e dos dois companheiros da vítima, que a tudo assistiram - e que, lamentavelmente, não foram ouvidos em plenário.

Thays Vicente Petrucci e Márcia Regina Alves Borges, as jovens que estavam no caminhão em companhia do réu, não confirmaram a alegação deste último no sentido de que teria arrancado com o caminhão a pedido delas (fls. 61/62 e 63/64), sendo que Márcia Regina - justamente aquela que estava sentada bem ao lado do acusado (sua amiga Thays estava na outra ponta, mais próxima à porta do passageiro) - ,desmentindo de forma categórica a versão do acusado de que não teriam sequer notado o atropelamento, veio a admitir que percebeu o choque, embora não tivesse, naquele momento, atinado para a gravidade do fato. Segundo consta de seu depoimento, "a declarante pensou que foi um simples atropelamento e não pensou que o rapaz ia morrer; que olhou para trás e viu o rapaz sentado" (fl. 63).

Ainda mais contundentes, contudo, os depoimentos de Flávio Cardoso da Silva e Fernando Garcia, que estavam no carro da vítima e também foram testemunhas oculares do fato.

No inquérito, duas semanas depois do fato, Flávio Cardoso assim narrou o episódio:

> ... que começaram a buzinar atrás, e o depoente olhou para ver o que era, e deparou com um caminhão de carroceria de cor branca, cujo motorista buzinava para que eles saissem da frente, mas como o sinal estava fechado, "Zezinho" fez sinal de que não teria como arrancar com o veículo; que o motorista de tal caminhão continuou a buzinar; (...) que Zezinho se despediu do motorista do caminhão ainda acenando em forma de despedida passando na frente do caminhão, foi então que o motorista não esperou que ele atravessasse totalmente arrancando com o veículo e pegando Zezinho de lado; que era como se o carro estivesse passando por cima de um quebra-molas, pois ouvia-se o barulho perfeitamente, e ainda ouviu o motorista passar a marcha em cima de Zezinho; que tal veículo pegou Zezinho de lado e ainda haviam duas mulheres dentro do caminhão; que o caminhão passou todo em Zezinho tomando rumo ignorado; que providenciaram socorro para Zezinho que estava desmaiado mas seu corpo parecia ter tudo quebrado (...) (fl. 9).

Ouvido em juízo, Flávio confirmou o que dissera:

> (...) que a vítima levantou uma mão como se estivesse despedindo; que quando a vítima chegou no meio do caminhão, o acusado acelerou e arrancou 'sem dó'; que salvo engano, o veículo que estava na frente do caminhão era um monza; que a vítima não estava armada; que a vítima ficou conversando no rumo do retrovisor do motorista do caminhão; que, quando ele terminou a conversa, deu a volta para sair para o lado do passageiro; que desse lado estava o carro da vítima; que quando ele chegou no meio da travessia é que o acusado arrancou; que a vítima deveria ter 1,75 metros de altura; (...) que o declarante percebeu que o acusado olhava para frente na hora em que a vítima passava ali; que ele engatou a marcha e saiu; (...) que o declarante viu o acusado acelerando o veículo no momento em que a vítima passava em frente dele; que o declarante ouviu o brulho do acusado 'forçando o motor (...) (fl. 57).

Fernando Garcia, a seu turno, asseverou:

> (...) pararam no sinaleiro que estava fechado; que ouviu uma buzina insistente ao olhar viu um caminhão, que batia o farol alto e buzinava muito; que como o sinal estava fechado Zezinho fez sinal que não sairia; que o sinal abriu e o caminhão parecia querer insistir pois continuava a buzinar e acelerando, jogando o farol alto; (...) que Zezinho devolveu a carteira para o bolso e acenou para o motorista o caminhão e corria para o seu veículo; que o motorista do caminhão acelerou o veículo e encostou no ombro de Zezinho que desequilibrou e caiu no chão, e o caminhão passou por cima de Zezinho; que o motorista do caminhão não esperou Zezinho atravessar a frente do caminhão, acelerando o veículo que parecia passar por cima de um quebra-mola; (...) (fl. 11).

Na instrução do feito, Fernando também ratificou seu depoimento:

> (...) que o caminhão deu uma arrancada e jogou um pouquinho para o lado da vítima; que bateu no ombro da vítima; que a vítima desequilibrou e caiu; que o caminhão passou por cima; que foram as rodas traseiras que passaram em cima da vítima; que na hora em que a vítima passou em frente do caminhão, o sinal estava fechado; que na hora em que o réu bateu na vítima, o sinal estava aberto; que o caminhão bateu na vítima, do lado do farol da frente, do lado do passageiro; que o acusado acelerava e o veículo saia muita fumaça; (...) (fl. 59).

Como se vê, não estaríamos diante de um delito meramente culposo, como, equivocadamente, entenderam os jurados. Há evidências de que a vítima estava no campo visual do acusado e de que este, não obstante, avançou com o caminhão, deliberadamente, sobre ela.

Neste contexto, na melhor das hipóteses, teria o réu, conscientemente, assumido o risco de produzir o resultado que se verificou, nele consentindo.

De se ver, por outro lado, que o laudo de necropsia, embora sucinto - deficiência esta que a defesa procurou explorar, colocando em dúvida o fato de haver o caminhão passado em cima da vítima -, descreve lesões perfeitamente compatíveis com o episódio descrito na denúncia, acusando, além de "ferida incisa (cirúrgica) de 23 cm de comprimento na região abdominal", "escoriações no antebraço bilateral, ombro direito", "hematoma extenso na região lombar esquerda", "hemotórax bilateral - contusão pulmonar, bilateral", "várias lacerações do fígado", "laceração do mesentério", "hematoma retro-peritonial extenso à direita" e "hemoperitônio", concluindo que a morte se deu em virtude de "politraumatismo" (fl. 12).

Com estas considerações, provejo o recurso interposto pelo Órgão do Ministério Público para

cassar a decisão, por manifestamente contrária à prova dos autos, determinando que a outro julgamento seja o réu submetido.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Como disse o eminente Relator, também me quedei numa revisão mais demorada deste caso e, agora, com o voto que S. Exa. acaba de proferir, com a sustentação oral feita da tribuna e, voltando à memória os fatos que então analisei, permito-me pedir vênia ao eminente Relator para pedir vista para um reexame da questão.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR APÓS VOTAR O DES. RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Resende) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 09.10.03 a pedido do Revisor, após votar o Relator dando provimento ao recurso do Ministério Público. Com a palavra o Des. José Antonino Baía Borges:

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Ao exame dos autos, verifica-se que a defesa sustenta que o recorrido, ao atingir a vítima com seu caminhão, o fez de forma culposa, uma vez que tudo não passou de um acidente.

Afirma, ainda, que não houve discussão prévia entre o recorrido e a vítima e que ele somente teve ciência do ocorrido pela televisão.

Ao meu modesto juízo, essas afirmações da defesa encontram amparo em alguns elementos de prova carreados para os autos.

Veja-se que a testemunha Thays Vicente Petrucci, que estava dentro do caminhão, ao depor em juízo, devidamente compromissada, afirmou que não viu que tinha ocorrido um acidente, "que o caminhão era alto e não deu para ver a vítima" (fls. 61/62).

Já a informante Márcia Regina Alves afirmou que "não viu onde o caminhão bateu na vítima" (fls. 63/64).

Tanto uma quanto a outra afirmam não ter presenciado uma discussão entre o recorrido e a vítima.

Isso é confirmado pelo próprio amigo da vítima, que presenciou o ocorrido e relatou que "a vítima conversava e ria" (fl. 60).

Já a testemunha Luiz Fernando Testa Carrijo, vizinho do recorrido, confirmou que este ficou sabendo do atropelamento pela televisão (fl. 65).

Tanto essa testemunha quanto Anyr Pereira relataram que pessoas viram que a vítima foi prensada pela carroceria do caminhão (fl. 66).

Por fim, a testemunha José Lúcio de Medeiros, ao depor em plenário, dá a entender, ao relatar os fatos que presenciou, que a vítima foi colhida de lado pelo caminhão, quando já estava ao lado de seu carro, como se fosse abrir a porta (fls. 504/507).

Ora, diante disso tudo, tenho, com respeitoso pedido de *vênia*, que não se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos e, por conseguinte, em cassação da decisão, uma vez que:

> havendo mais de uma versão sobre os fatos, é lícito ao Tribunal do Júri optar por uma delas, não podendo a decisão ser anulada, sob o fundamento de que contraria a prova dos autos (REsp nº 50.489-PR, Rel. Min. Édson Vidigal, *DJU* de 3.8.92, p. 273).

Dessa forma, com a devida vênia, estou a negar provimento ao recurso no que se refere ao pedido de anulação do julgamento.

E também estou a negar provimento ao recurso quanto ao pedido de que, confirmado o julgamento, seja a pena aplicada acima do mínimo legal bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma na modalidade de prestação pecuniária, só que no valor de 360 salários mínimos - e não de 50, como fixado na sentença -, e a outra na forma de prestação de serviços à comunidade.

Ocorre que a pena-base foi fixada no mínimo legal em perfeita conformidade com as circunstâncias judiciais bem analisadas pelo d. Magistrado (fl. 513).

De outro lado, a norma do § 2º do art. 44 do Código Penal é expressa no sentido de que a pena privativa de liberdade fixada em até 1 ano pode ser substituída por *uma* pena alternativa, *e não por duas*.

E, por fim, a prestação pecuniária fixada já está bem acima do mínimo previsto pela lei e atende, dentro do possível, à finalidade a que se destina, qual seja, repressão e desestímulo à prática delituosa, que, no caso, cabe lembrar, está-se entendendo ter sido culposa.

Por todo o exposto, com redobrado pedido de vênia ao em. Relator, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela análise que fiz dos autos, creio que a razão está com o eminente Desembargador Relator, ao cassar a decisão do Tribunal do Júri, ordenando que a outro julgamento seja o réu submetido.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VENCIDO O REVISOR.

FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA E CORRUPÇÃO DE MENORES - MEIO IDÔNEO - CONSUMAÇÃO POSSÍVEL - *ITER CRIMINIS* INTERROMPIDO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DA ACUSADA - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - DELITO EM COMPANHIA DE MENORES - PROVA EFETIVA DA CORRUPÇÃO - DESNECESSIDADE - DELITO DE NATUREZA FORMAL - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - PENA MÍNIMA - *SURSIS*

- Ocorre a tentativa de furto se, no curso da execução do ato, é o agente flagrado, não se tendo consumado o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

- Contando a ré com a ajuda direta ou indireta de seus dois filhos, em sua ação, configurado está o delito de tentativa de furto, qualificado pelo concurso de pessoas, ocorrendo, ainda, o crime de corrupção de menores, quando demonstrado nos autos que a ré induziu seu filho a trocar etiquetas de produtos por outras de menor valor.

- Em consonância com a mais atual orientação do colendo STJ, a corrupção de menores é crime de natureza formal, que prescinde de prova da efetiva corrupção do menor.

- A teor da Súmula nº 43 deste Tribunal, a circunstância atenuante de confissão espontânea não se aplica, tendo em vista a fixação da pena em seu patamar mínimo.

- Atendidos os requisitos do art. 77 do CP, é de se conceder à ré a suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 326.375-3/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de furto qualificado na forma tentada e corrupção de menores - Furto - Meio idôneo - Consumação possível - *Iter criminis* interrompido por circunstâncias alheias à vontade da acusada - Condenação que se impõe - Delito em companhia de menores - Prova efetiva da corrupção - Desnecessidade - Delito de natureza formal - Infração caracterizada - Condenação da acusada pelos crimes do art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, IX, do CP, e art. 1º da Lei nº 2.252/54, c/c art. 70 do CP - Pena mínima - Concessão do *sursis* - Recurso 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.

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Juiz de Fora, foi C.C.A. denunciada como incursa nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, c/c art. 14, II; art. 171, *caput*, c/c

art. 14, II, todos do Código Penal, e art. 1º da Lei nº 2.252/54, c/c art. 69 do CP, pelo fato de, em 02.03.2000, ter adentrado o Hipermercado Carrefour na companhia dos menores Q.A.S., Q.Q.S. e S.S.M., os dois primeiros seus filhos e, a última, amiga de sua filha, de onde passou a subtrair para si, com a ajuda dos menores, várias mercadorias (um par de tamancos, uma blusa de malha, um lápis delineador de olhos, um apontador de lápis, dois espelhos, um lápis delineador labial, máscara para cabelo). Em seguida, dirigiram-se ao setor de calçados, onde, com a ajuda de seu filho Q., trocou as etiquetas de alguns calçados, dirigindo-se então ao caixa e efetuando o pagamento de valor reduzido, tendo em vista a troca efetuada. Quando estava no estacionamento, foi abordada por fiscais da loja que, ao procederem uma busca em sua bolsa, encontraram os bens furtados e chamaram a Polícia.

Em sede de alegações finais, o douto Promotor requereu a condenação da ré nas iras do art. 155, § 4º, IV, e art. 1º da Lei 2.252/54, na forma do art. 70 do CP.

Após regular instrução criminal, foi a acusada absolvida das imputações contidas na peça exordial ao fundamento de estar caracterizada a tentativa impossível, haja vista o monitoramento eletrônico existente no estabelecimento.

Inconformado, interpõe a RMP o presente recurso de apelação, pleiteando a condenação da apelada nos exatos termos da peça de alegações finais.

Argumenta, em síntese, que o fato delituoso poderia ter-se consumado caso a acusada empreendesse fuga com êxito, o que só não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade.

Quanto ao crime de corrupção de menores, sustenta que a ré praticou o delito na presença de menores, contando, ainda, com a sua colaboração, restando, pois, configurada a infração.

O recurso foi contrariado, manifestando-se a apelada, através de seu defensor, pela manutenção *in totum* da sentença de primeiro grau.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

A materialidade do delito de furto encontra-se demonstrada às fls. 14 (auto de apreensão), 16/17 (laudo de avaliação e constatação), e 20 (termo de restituição).

Ouvida na Polícia, a acusada confessa a autoria do crime, dizendo ter pegado várias mercadorias de diversos setores e as colocado dentro de sua bolsa, chegando a pagar algumas delas, sendo que, em seguida, foi abordada por um funcionário da loja. Revela, ainda, que parte das mercadorias foi encontrada em poder de sua filha Q. e da amiga dela, S., e que "*não tinha intenção de furtar nenhuma mercadoria*", pois tinha dinheiro para pagá-las (fls. 11).

Reinquirida, desta vez acompanhada de um advogado, e mesmo após ter assistido à fita de vídeo do circuito interno de segurança do hipermercado, a acusada negou que tenha praticado tais atos, imputando a autoria dos mesmos a seus dois filhos (fl. 27-v.).

Em juízo, certamente já bem (mal) instruída, alega que "*não sabe dizer como as mercadorias apareceram dentro de sua bolsa*" e que "*não fez qualquer troca das etiquetas das mercadorias que pagou no caixa*", contrariando, mais uma vez, o conteúdo da fita gravada pelo circuito interno de segurança (fl. 43).

Novamente interrogada, retificou em parte suas declarações anteriores, afirmando ter furtado "*apenas*" uma blusa de malha de cerca de R$12,00 (doze reais) e que os demais objetos que constam no auto de apreensão "*foram juntados posteriormente pelos seguranças da loja*", o que, todavia, não logrou comprovar nos autos que tenha ocorrido (fls. 61).

Ouvidos o gerente de segurança do hipermercado, Donizete Portela de Souza, e o fiscal de loja Túlio César de Almeida, ambos declaram ter sido alertados da atitude suspeita da acusada através de rádio-comunicador, dando conta de que a mesma teria colocado uma peça de roupa dentro da bolsa, sendo que, "quando detida a acusada negou, mas exibindo o interior da bolsa, lá estavam as mercadorias que foram apanhadas pela acusada e não pagas na saída do caixa" (fls. 63).

Assim, resta comprovada a autoria, que, ademais, a sentença já havia consignado como certa, apenas entendendo ser o crime impossível pela inidoneidade do meio empregado (fls. 106).

Ora, a ré, ainda que confesse ter-se apoderado tão-só de apenas uma mercadoria, colocou-a no interior de sua bolsa e esperava lograr êxito em sair do hipermercado sem pagá-la.

O MM. Juiz, ao adotar a teoria da inidoneidade do meio, tornando o crime impossível, levou em consideração, tão-só, o sistema de segurança instalado no estabelecimento. Há que se considerar, entretanto, que se trata de um hipermercado de porte multinacional e, portanto, com capacidade para se proteger com equipamentos e pessoal suficiente para monitorar dezenas, ou até mesmo centenas de pessoas, o que, ainda assim, não lhe dá total garantia contra furtos executados exatamente com o mesmo *modus operandi* da acusada.

Assim, o meio empregado não pode, em hipótese alguma, ser considerado inidôneo, porquanto quem quer furtar não faz senão o que fez a ré: subtrair o bem desejado e ocultá-lo da maneira que for possível. Se, no curso do ato executório, é o agente flagrado, deve-se entender que só não se consumou o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, restando, de qualquer forma, a tentativa.

In casu, confira-se:

> Configura tentativa de furto a ação que vem a ser interrompida, sem que o agente consiga a posse desvigiada, tranqüila e desembaraçada da coisa que pretendia furtar (*JTACRIM*, 69/479).

A consumação do crime pode ser impossível, mas a tentativa sempre irá persistir, tendo em vista, principalmente, que a vigilância, em alguma ocasião, pode ser burlada ou eludida, ou possa ser desempenhada com imperfeição ou ineficácia, podendo aí o agente superá-la. *In casu*, confira-se a ementa:

> Em matéria de furto, a vigilância sobre fregueses em supermercados retrata uma ilustrativa questão de ineficácia relativa do meio, porque (a) pode ser eludida, burlada pelo agente e/ou (b) pode ser desempenhada com desleixo, imperfeição, ineficiência. Se o agente, em nenhuma circunstância, pudesse anular, fintar, superar a vigilância, ou se fiscal, em nenhuma hipótese, pudesse ser envolvido por manobra elusiva, aí, sim, haveria tentativa impossível por ineficácia absoluta do meio (*RJTACRIM*, 45/176).

Tem-se ainda que:

> O *modus operandi* do agente, tirando objetos da prateleira e procurando escondê-los sob as vestes e sem pagá-los quando de sua passagem pelos caixas, constitui, inquestionavelmente, uma conduta típica lesiva de um bem jurídico suscetível de sofrer lesão. Ademais, no crime impossível, via de regra, a ação do agente não sofre interferência alheia enquanto ela se desenrola, ao passo que na tentativa quase sempre a ação ilícita é abortada por injunção externa (*RT*, 700/336).

Destarte, entendo cabalmente configurado o delito de tentativa de furto, qualificado pelo concurso de pessoas, vez que a ré contou com a ajuda direta ou indireta de seus dois filhos.

Neste ponto, verifica-se ter ocorrido, também, o crime de corrupção de menores, demonstrado nos autos que a ré induziu seu filho Q. a trocar etiquetas de produtos por outras de menor valor, conforme se verifica do depoimento do menor na Polícia à fl. 28-v.

Outrossim, em consonância com a mais atual orientação do colendo STJ, trata-se de delito de natureza formal, que prescinde de prova da efetiva corrupção do menor. Confiram-se as ementas, *in verbis*:

> Criminal - Recurso especial - Corrupção de menores - Absolvição - Impossibilidade - Crime formal - Prescindibilidade de prova da efetiva corrupção do menor - Recurso provido.
>
> - I. O objeto jurídico tutelado pelo tipo em questão é a proteção da moralidade do menor e visa a coibir a prática de delitos em que existe sua exploração.
>
> - II. A corrupção de menores é crime formal, o qual prescinde de prova da efetiva corrupção do menor. Precedentes.
>
> - III. Hipótese em que deve ser cassado o acórdão de segundo grau na parte em que absolveu o réu das penas do art. 1º da Lei 2.252/54.
>
> - IV. Recurso provido, nos termos de voto do relator. (REsp 442.067/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, pub. no *DJU* de 12.05.2003, p. 329.)

E mais:

> Penal - Corrupção de menores - Art. 1º da Lei nº 2.252/54 - Caracterização.
>
> - 1. Segundo precedentes deste STJ o delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo suficiente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos).
>
> - 2. A legislação visa, em última *ratio*, a degradação da personalidade do menor, com repetidos aliciamentos para o crime, sendo, pois, irrelevante a constatação de ter sido, em data anterior, autor de ato infracional (REsp 445.633/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 04.08.2003, p. 462).

In casu, além de comprovada nos autos a efetiva participação do menor no crime de furto qualificado, em companhia de sua própria mãe, ainda fez ela expor os dois filhos à constrangedora situação de serem abordados em público, revistadas as suas

bolsas e, por fim, levados para a sala da segurança, onde ficaram aguardando a chegada da Polícia.

Como se vê, totalmente descabida a absolvição perpetrada em primeiro grau, razão pela qual dou provimento ao recurso ministerial para condenar a ré C.C.A. como incursa nas sanções do art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, do CP, e art. 1º da Lei 2.252/54, c/c art. 70 do CP. Passo a dosar-lhe a pena.

Delito de furto qualificado na forma tentada:

Verifica-se que a ré é primária, sem antecedentes, de boa conduta social (depoimentos fls. 65 e 66), personalidade até então sem desajustes, motivos do crime indemonstrados, conseqüências patrimoniais de nenhuma monta, já que as mercadorias foram devolvidas ao estabelecimento, pelo que lhe fixo a pena-base em seu mínimo legal, isto é, 2 (dois) anos de reclusão. A circunstância atenuante da confissão espontânea não se aplica, tendo em vista a pena já estar em seu patamar mínimo (Súmula 43 do TJMG). Não existem circunstâncias agravantes, bem como causas de aumento. Aplico-lhe, então, a causa de diminuição de pena pela tentativa em 2/3, passando-a assim para 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, ficando concretizada neste patamar na ausência de causas outras aptas a modificarem o seu *quantum*.

Para o crime de corrupção de menores:

Consideradas as circunstâncias judiciais acima já analisadas, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, i.e., 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, ficando assim concretizada na ausência de causas ou circunstâncias aptas a modificarem este *quantum*.

Cuidando-se de concurso formal de infrações, deve-se aplicar a regra do art. 70 do CP, motivo pelo qual, tomando-se a pena mais grave - 1 ano de reclusão e 10 dias-multa - aumento-a em 1/6, passando-a para *1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, à razão mínima, a ser cumprida em regime aberto.*

Verifico, contudo, que a ré atende aos requisitos do art. 77 do CP, razão pela qual lhe concedo a suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, nas condições a serem estipuladas pelo MM. Juiz *a quo* em audiência admonitória.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CASA DE PROSTITUIÇÃO - HABITUALIDADE E PROSTITUTAS - INEXISTÊNCIA - AMOR ENTRE ADOLESCENTES - AUSÊNCIA DE DOLO - CRIME NÃO CARACTERIZADO

- O fato de o proprietário de um barracão destinado a moradia familiar permitir que um casal de namorados o utilize para encontros amorosos proibidos não é suficiente para caracterizar o crime previsto no art. 229 do CP, que exige prova inequívoca de que o local seja utilizado habitualmente para encontros com fins libidinosos e a existência de prostituta, devendo o magistrado analisar o caso com o olhar atual, e não voltado para os anos de 1940.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0090.03.000137-5/001 - Comarca de Brumadinho - Relator: Des. ERONY DA SILVA

Ementa oficial: Casa de prostituição - Absolvição decretada - Não se pode criminalizar o amor entre adolescentes - Ausência de dolo - Recurso provido. - Não há falar em casa de prostituição sem prostituta. Ausência de dolo do agente afasta a tipicidade. Ausência de indispensável prova da habitualidade. Análise do caso com olhar atual, e não voltado para o passado de 1940.

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, 25 de novembro de 2003. - *Erony da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Erony da Silva - Na Comarca de Brumadinho, José Gomes Ferreira, devidamente qualificado dantes, foi regularmente processado nas iras do art. 229 do CP, porque, conforme narra a denúncia, em 29 de março de 2001, na Rua República do Peru, nº 159, Bairro Santo Antônio, foi preso em flagrante por manter, por conta própria, lugar destinado a encontros para fins libidionosos, independentemente do intuito de lucro.

Pela sentença de fls. 93/99 foi condenado a 02 (dois) anos de reclusão, regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa em seu patamar unitário mínimo. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e pagamento de um salário mínimo a entidade que acolhe crianças e adolescentes.

Inconformado, por termo recorre (fl. 101), acostando suas razões recursais às fls. 104/105, onde requer o reexame das alegações finais de fls. 87/91, devido ao acúmulo involuntário de serviço da Defensoria Pública.

Contra-razões ministeriais às fls. 106/113, batendo-se pela integral confirmação do hostilizado *decisum*.

Foram os autos encaminhados à eg. Turma Recursal de Betim, a qual pertence a Comarca de Brumadinho (fl. 114-v.), e aquela Corte declinou de sua competência para este c. Tribunal de Justiça.

Parecer da nobre Procuradoria de Justiça é encontrado às fls. 134/138-TJ, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É, em apertada síntese, o relato dos autos.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo o recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

E, em dele conhecendo, tenho que a hipótese condenatória não merece prosperar.

Em momento algum, nos autos, o jovem casal nega ter-se relacionado sexualmente em barracão existente nos fundos da residência do apelante. Aliás, o acervo fotográfico de fls. 65/71 merece uma visita para a comprovação imagética da "pobreza franciscana" do local.

O que existe nos autos é um casal de namorados jovens, ela com dezessete anos de idade ao então, cuja família não aprovava o namoro. Os jovens utilizavam-se daquele barracão de fundos para seus encontros amorosos proibidos, esporadicamente, evitando-se, assim, que o jovem casal fosse enxotado para locais ermos e perigosos, de molde a procederem aos carinhos e às carícias que o amor tanto estima e estimula.

O barracão existente nos fundos da casa do apelante não tinha a indispensável finalidade da manutenção de encontros "com fins libidinosos", era utilizado para moradia familiar.

Acionado o direito penal para coibir um namoro proibido, temos que a jovem S. foi, de forma direta, acoimada de prostituta!

É que a rubrica do tipo penal, em questão, cuida de "casa de prostituição". E, bem registram os autos, não se cuidava de mercancia do amor, mas de namoro.

Veja-se a advertência do seguinte aresto:

> Nos tempos atuais, muita cautela precisa empregar o julgador, ao apreciar hipóteses concretas capituladas no art. 229 do CP. Sob pena de cometer iniqüidades, há de exigir a prova de que o local é utilizado, inequívoca e exclusivamente, para encontros com fins libidinosos. Só assim poderá apenar (gravemente e por equiparação legal), a título de casa de prostituição, os responsáveis, mais ou menos reiteradamente, pela exploração comercial desses encontros (TJSP - *RT*, 536/290-1).

E ainda:

> No delito do art. 229, segundo magistério de Fragoso, o dolo é específico. Consiste na vontade livremente dirigida à manutenção da casa de prostituição ou outro qualquer local, especificando-se pelo fim especial que é o de mantê-la para a realização de encontros libidinosos (TJSP - *RJTJESP*, 87/390).

Nosso País vivenciou drástica mudança dos paradigmas de moralidade nesses últimos sessenta anos. O que era um escândalo para o legislador penal de 1940, hoje não passa de comentário sem

malicia em roda de adolescentes. O sexo não é mais visto com o mesmo "tabu" daqueles tempos.

De resto, não houve, por parte do apelante, o dolo especifico (para a doutrina tradicional) de promover ou manter, em precário barracão dos fundos de sua casa, uma casa ou ponto de prostituição.

É por essas singelas razões de decidir que dou provimento ao recurso, para absolver o apelante das imputações contidas na denúncia, com fincas nos incisos III e VI do art. 386 do CPP.

Custas, *ex vi legis*.

É como voto.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

HABEAS CORPUS - **TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES - CASO CONCRETO - ORDEM DENEGADA**

- Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo a apuração de fatos tidos como delituosos, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, que não admite exame aprofundado de provas, sob pena de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.402938-9/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento de inquérito policial - Tráfico de entorpecentes e corrupção de menores - Caso concreto. - Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo a apuração de fatos tidos como delituosos, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, que não admite exame aprofundado de provas, sob pena de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público. - Ordem denegada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2003. - *Gudesteu Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo paciente, a Dr.ª Cristiane Santos Miranda.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Os Drs. Elaine Antônia da Rocha, Cristiane Santos Miranda e Francisco J.A.S. Mendonça, ilustres e cultos advogados inscritos na OAB/MG, respectivamente, sob os nºs 49.511, 88.493 e 63.637, impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Álvaro Roberto de Salles, qualificado, visando o trancamento de inquérito policial contra este instaurado, para apuração de delitos de tráfico e de corrupção de menores. Alegam os impetrantes que o paciente estava trabalhando, quando de sua prisão em flagrante, como habitualmente faz, é primário e de bons antecedentes, e que não sabia do conteúdo das sacolas, como confessam os próprios envolvidos. Dizem, ainda, que a autoridade coatora negou ao paciente a liberdade provisória, entendendo estar ele envolvido nos fatos narrados no boletim de ocorrência, onde o mesmo foi arrolado como testemunha, e assim compareceu espontaneamente, não existindo qualquer indício da sua participação no crime descrito na Lei Antitóxicos. Requerem o trancamento do inquérito policial.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 73).

Nas informações que presta, esclarece o MM. Juiz da 2ª Vara de Tóxicos desta Comarca que o paciente foi preso em flagrante em 22.10.2003, juntamente com Wembley de Souza Pereira, após denúncia anônima dirigida à Polícia Militar, prestando informações sobre indivíduos armados no Morro do Querosene; que os policiais se dirigiram até o local mencionado na denúncia e efetuaram a abordagem de dois veículos, um deles conduzido pelo impetrante; que o veículo Fiat Uno táxi estava sendo 'escoltado' pelo veículo VW/Voyage e durante as buscas os policiais encontraram uma carabina Winchester, um revólver calibre 38, munições e porções consideráveis de entorpecentes. No interior do veículo Voyage estavam ainda três menores de idade.

Disse, ademais, o Juiz de Direito, que a autoridade policial indiciou o paciente como incurso nas iras do art. 12 da Lei nº 6.368/76 e art. 1º da Lei nº 2.252/54, tendo o flagrante sido homologado em 23.10.2003, mas o inquérito ainda não encaminhado à Justiça.

A ilustrada Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dr.ª Camila Teixeira, opinou pela denegação da ordem (fls. 103/110).

É, em síntese, o relatório.

Decide-se.

Em tese, é viável o trancamento de inquérito policial, quando o fato investigado evidentemente não constituir crime, nem mesmo em tese, ou quando restar provado *prima oculi* a não participação direta ou indireta do paciente.

A regra geral, entretanto, é a de que não se deve trancar inquérito policial que nada mais é que simples procedimento administrativo preparatório de ação penal e que tem por único objetivo a apuração de fatos tidos como delituosos e a respectiva autoria. O *habeas corpus* não se presta a exame de matéria fática controvertida e o seu uso para o trancamento de inquérito policial sempre traz o risco de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

Processual Penal - Recurso de *habeas corpus* - Trancamento de inquérito policial - Inexistência de justa causa.

- Inexiste constrangimento ilegal na abertura de inquérito policial para apuração de falso ideológico, mormente quando os elementos informativos obtidos, geram justificada suspeita da consumação do delito.

- Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal, tem por objeto a apuração do fato tido como delituoso e a respectiva autoria, não devendo ser obstados pela restrita via do *habeas corpus*, para que não se incorra no risco de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

- Recurso improvido. (Superior Tribunal de Justiça, *RHC* nº 74-SP, Rel: Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 16.10.89, p. 15.858; *RSTJ*, 9/108).

Habeas corpus - Pedido de trancamento de inquérito policial.

- Em se tratando de pedido de trancamento de inquérito policial, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, visando ele a apuração de fatos que, em tese, são crimes, só deve ser ele trancado se for insusceptivel de qualquer dúvida a falta de justa causa no que diz respeito ao acusado.

- No caso, para se chegar à conclusão de que o inquérito policial deveria ser trancado, seria mister exame aprofundado e complexo dos elementos probatórios já existentes no inquérito que ainda não terminou, para o que o *habeas corpus* não é meio idôneo.

- Recurso ordinário a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal , *RHC* nº 66.081-9-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 26.08.88, p. 21.035).

No caso específico, da análise perfunctória das razões da impetração e das cópias juntadas, conclui-se que, na verdade, ao pretender a concessão da ordem para trancamento do inquérito, pretende o paciente discutir o mérito da imputação, apesar de discorrer, na maior parte da inicial, sobre o fato de ter sido arrolado como testemunha, e não como autor, quando da lavratura de sua prisão em flagrante, porém vê-se que foi ouvido como "segundo conduzido" (fl. 83).

Os fatos aqui apurados constituem crime em tese, e seria necessário um profundo conhecimento daqueles, com ampla dilação probatória, para que se demonstrasse a alegada negativa de autoria, o que é impossível através do *habeas corpus*. Trata-se de questão que só terá deslinde satisfatório na instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como cediço, o *habeas corpus* não se presta a exame analítico, crítico ou comparativo da prova, especialmente da prova testemunhal. Não se devem prematuramente trancar os atos de investigação em curso, sob pena de castrar a atuação do Ministério Público no nascedouro.

Ressalta-se que o auto de prisão em flagrante está formalmente correto, tanto que não se alegou qualquer defeito de forma.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> O trancamento de inquérito policial sob a alegação de falta de justa causa, postulado na via estreita do *habeas corpus*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do *habeas corpus*, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária (*RT*, 731/532).

Por fim, não se pode olvidar que réu preso em flagrante por tráfico de drogas ou outro crime considerado hediondo não tem direito à liberdade provisória, *ex vi* do disposto no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90.

Assim, e acolhendo o parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

PRONÚNCIA - PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - REJEIÇÃO - QUALIFICADORAS - EXCLUSÃO - INADMISSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES - SÚMULA Nº 64 DO TJMG - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - DELITO HEDIONDO - SÚMULA 04 DO TJMG - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

- Na fase de pronúncia só é admissível o decote de circunstâncias qualificadoras quando manifestamente improcedentes. Havendo dúvida, cabe ao Tribunal do Júri, dentro de sua competência constitucional, decidir.

- Tendo o réu sido preso em flagrante e nessa condição mantido até a sentença de pronúncia, não há como ser colocado em liberdade, ainda mais se responde por crime hediondo, que não admite liberdade provisória.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0126.03.900000-8/001 - Comarca de Capinópolis - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Pronúncia - Preliminar de nulidade por falta de fundamentação - Rejeição - Qualificadoras - Exclusão - Inadmissibilidade, salvo se manifestamente improcedentes. - Na fase de pronúncia só é admissível o decote de circunstâncias qualificadoras quando manifestamente. improcedentes - Súmula nº 64 do TJMG - Havendo dúvida, cabe ao Tribunal do Júri, dentro de sua competência constitucional, decidir - Liberdade provisória - Indeferimento - Delito hediondo - Súmula nº 04 deste Sodalício. - Tendo sido o réu preso em flagrante e nessa condição mantido até a sentença de pronúncia, não há como ser colocado em liberdade, ainda mais se responde por crime hediondo, que não admite liberdade provisória. - Recurso conhecido e desprovido.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Gudesteu Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo recorrente, o Dr. Márcio Decat Moura.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Conheço do recurso, porque presentes todos os requisitos do juízo de sua admissibilidade.

Argúi a douta defesa, preliminarmente, a nulidade da sentença de pronúncia, por falta de fundamentação, sobretudo no que diz respeito ao acolhimento das qualificadoras articuladas na denúncia.

Descabida, *data venia*, a preliminar suscitada.

Embora sucinta a decisão recorrida, não a vejo eivada de nulidade, posto que o culto Magistrado, à luz do contexto probatório, entendeu admissível a acusação, remetendo ao Tribunal do Júri o exame e decisão final das teses defensiva e acusatória.

Ensina ERMÍNIO ALBERTO PORTO que:

> ... nem só ao rebater os argumentos das partes, como ao oferecer o seu convencimento, o juiz, na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo à decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites de decisão marcantemente de efeitos processuais (*Júri*, 5ª ed., p. 77).

Este também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> Se a sentença de pronúncia revela, em seu conteúdo intrinseco, os elementos essenciais à configuração do juizo de admissibilidade da acusação (CPP, art. 408), torna-se legítima a submissão do réu a julgamento por seu juizo natural: o Tribunal do Júri (*RT*, 690/380).

Na fase da pronúncia o Juiz deve ser comedido na adjetivação e moderado em suas afirmativas, sob pena de influenciar no ânimo dos jurados. Neste sentido:

> Penal - Processual - Pronúncia - Nulidade - *Habeas corpus*.
>
> - I. A pronúncia é decisão de natureza processual em que o juiz proclama admissível a acusação e envia o réu para julgamento do Júri.
>
> - II. O juiz pronunciante não deve aprofundar-se no exame das provas: deve, antes, limitar-se a apontar a prova da materialidade e os indícios de autoria, utilizando-se de linguagem comedida e sóbria.
>
> - III. *Habeas corpus* conhecido: pedido deferido (STJ - *HC* 11.343-MS, Rel. Min. Edson Vidigal. *DOU* de 27.03.00, p. 119).

No mesmo sentido: STF, *HC* 71.210-0-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 26.11.99, p. 83; STF, *HC* 68.606-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 21.02.92, p. 1.692/98; STF, *HC* 69.133-MG, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ*, 140, p. 917; STJ, *HC* 11.098-MG, Rel. Min. Felix Ficher, *DJU* de 14.02.00, p. 57/58; STJ, *HC* 2.948-GO, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 06.03.95, p. 4.388; STJ, *HC* 9.432-MA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 23.08.99, p. 152; STJ, REsp 93.552-PB, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 18.05.98, p. 122; STJ, *HC* 8.379-GO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 21.06.99, p. 174).

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, melhor sorte não encontra o recorrente.

Como de remansosa jurisprudência e unissona doutrina, só se licencia a decotação de qualificadoras na fase de pronúncia quando a prova produzida deságua às inteiras no sentido de sua não-caracterização.

É o que recomenda a súmula criminal, Verbete nº 64, deste Sodalício, *in verbis*:

> Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes (unanimidade).

Havendo dúvida, prevalece sempre o *in dubio pro societate*, outorgando-se ao Ministério Público oportunidade de robustecer suas teses em plenário.

Se se retiram as qualificadoras nesta fase, sonega-se ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, o conhecimento e decisão a respeito, pois uma das funções da pronúncia é limitar o âmbito acusatório.

Em resumo, só se licencia a decotação de qualificadoras nessa fase quando manifestamente improcedentes (*RT*, 604/354, 424/357).

No caso específico dos autos, entendo satisfatoriamente comprovadas, ao contrário do entendimento da defesa, as qualificadoras admitidas - incisos II e IV do § 2º do art. 121 do CP.

Com efeito, o crime, segundo prova oral colhida (fls. 137/138, 139/140, 141/142), teve motivo fútil, ou seja, desproporcional, insignificante, já que agiu o acusado apesar de já ter sido indenizado pelo ofendido, em virtude de danos causados em acidente de trânsito, valor estabelecido mediante acordo aceito por aquele e homologado judicialmente (fl. 108).

Como bem salientado pelo Ministério Público de primeira instância (fl. 203), o crime ocorreu "pelo fato da vítima não entregar os recursos financeiros e a prótese mecânica exigidos pelo recorrente fora do acordo judicial".

Outrossim, o delito foi perpetrado de modo a dificultar a defesa da vítima, que havia passado por uma recente cirurgia no joelho e não podia ficar de pé sem apoio, circunstância esta que não restou indubitavelmente comprovada não ser do conhecimento do acusado.

Oportuno relembrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, no sentido de que:

> Recurso especial. Penal. Processo penal. Homicídio qualificado. Pronúncia. Exclusão de qualificadora. - Não há falar em exclusão de qualificadoras pela sentença de pronúncia - exceto quando manifestamente improcedentes -, que não se confunde com a de mérito, pois examina os indícios da autoria, a existência do fato e a materialidade do delito, caracterizando o juízo da probabilidade, observando o princípio *in dubio pro societate*, enquanto aquela aplica o juízo de certeza, exigido à condenação. 'Cabe ao Tribunal do Júri, diante dos elementos probatórios a serem produzidos, julgar o réu culpado ou inocente e declarar a incidência ou não das qualificadoras' (precedentes) Recurso conhecido e provido (REsp 330.059/DF - *DJ* data: 28.04.2003 - p. 00232 - Relator Min. José Arnaldo da Fonseca).

Finalmente, no que tange à última pretensão do acusado, no sentido de ser-lhe concedida liberdade provisória, também não há como ser atendido.

Verifica-se do auto de fls. 07/11 que o recorrente foi preso em flagrante delito e permaneceu nesta condição durante toda a instrução criminal, não surgindo fato novo que justifique a concessão da medida pretendida.

Isso porque seria um contra-senso conceder-lhe a liberdade provisória, justamente quando se decide que existem elementos suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, e por crime hediondo.

Nesse sentido é o entendimento sedimentado no STJ:

> Se a acusação acéita pelo magistrado é da prática de crime hediondo, deve, então, o agente preso em flagrante assim permanecer até o julgamento final da lide penal (*RT*, 710/275).

Reza a Súmula nº 04 do TJMG que:

> Mesmo primário e de bons antecedentes, o réu que se encontrava preso, por força de flagrante ou preventiva, deve permanecer preso após a pronúncia, salvo casos especiais e justificados (unanimidade).

Por tais fundamentos, e acolhendo o parecer da douta Procuradoria de Justiça, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO PENAL - COMUTAÇÃO DA PENA - INDULTO NATALINO - CRIMES HEDIONDOS - NÃO-APLICAÇÃO - ART. 7º, I, DO DECRETO Nº 4.495/02 - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

- Embora tecnicamente sejam figuras jurídicas diferentes, a comutação é uma espécie de indulto parcial, sendo, em tese, inviável sua aplicação aos condenados por crimes hediondos. A Lei 8.072/90 impede a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

RECURSO DE AGRAVO Nº 1.0000.03.401636-0/001 - Comarca de Rio Vermelho - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Execução penal - Comutação de pena - Indulto natalino - Crimes hediondos - Não-aplicação. - Embora tecnicamente sejam figuras jurídicas diferentes, a comutação é uma espécie de indulto parcial, sendo, em tese, inviável sua aplicação aos condenados por crimes hediondos - A Lei 8.072/90 impede concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados - Art. 7º, I. Decreto 4.495/2002 - Precedente do STJ - 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 NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2003. - *Gudesteu Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Inconformado com a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Rio Vermelho que indeferiu seu pedido de comutação da pena, interpõe o sentenciado José da Silva da Luz, condenado à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, o presente recurso de agravo, nos termos do artigo 197 da LEP, sustentando que comutação e/ou indulto é de rigor, pois seu delito não foi considerado hediondo, tanto que obteve outros benefícios anteriores.

O recurso foi contra-arrazoado, tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pelo seu conhecimento e desprovimento.

É, em síntese, o relatório do essencial.

Conheço do recurso porque presentes todos os requisitos do juízo de sua admissibilidade.

Indiscutível que, do ponto de vista estritamente técnico, o instituto da comutação não pode ser confundido às inteiras com o do indulto, embora não se possa negar que, na sistemática atual, a comutação seja, na verdade, uma espécie de indulto parcial. Por ser parcial (apenas há redução da pena imposta), é que não extingue a punibilidade, pois sempre restará ao beneficiado um restante de pena a cumprir.

Do ponto de vista técnico-jurídico, a comutação se restringiria à alteração do modo de cumprimento da pena de um mais grave, para outro mais leve. O que hoje se denomina "comutação", na verdade, é o que JIMÉNEZ DE ASÚA chamava de "comutação-indulto", onde haveria tão-somente a redução da quantidade da reprimenda imposta, sem alterar sua qualidade (cf ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Comentários ao Código Penal*, v. IV, p. 162, 3ª ed., Ed. Forense, 1955) ou "... a substituição da pena por outra menos dura...", no dizer de PONTES DE MIRANDA (*Comentários à CF/67*, v. II, p. 140).

O grande Ministro PEDRO NUNES, em seu famoso *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, ensina:

> *Indulto* - Graça pessoal, ou coletiva, que o Presidente da República, precedendo audiência dos respectivos órgãos instituídos em lei (Conselhos Penitenciários), concede espontaneamente a um ou mais condenados que cumprem pena, ordinariamente por delitos de direito comum, cujas sentenças tiveram trânsito em julgado, fazendo cessar os efeitos das que lhes foram impostas. O indulto parcial denomina-se comutação.

No mesmo sentido a lição de MAGALHÃES NORONHA para quem "tanto ele (indulto) como a graça podem ser parciais, limitando-se a diminuir a pena ou comutá-la, substituindo-a por outra de qualidade mais benigna".

Na prática, o indulto serve para extinguir, reduzir ou comutar a pena. Com ele se extingue a punibilidade (art. 107, II) quando alcança a totalidade da reprimenda a ser cumprida, ou se reduz a pena (comutação-indulto), ou se modifica a pena para outra mais suave (comutação propriamente dita).

No caso concreto, trata-se de comutação-indulto, ou seja, a redução pura e simples da quantidade da pena que, a meu sentir, não apanha os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados em face do disposto na Lei 8.072/90.

Afinal, uma lei deve ser interpretada de acordo com a intenção que levou o legislador a colocá-la no mundo jurídico, e não simplesmente lida no sentido gramatical. Nos casos das Leis 8.072/90 e 8.930/94, o propósito foi justamente tratar de forma mais severa intoleráveis delitos que quando cometidos acabam trazendo reflexos muitas vezes irreparáveis no campo social.

Se as referidas Leis nºs 8.072/90 e 8.930/94 são boas ou ruins, isso desborda da competência do julgador. Os critérios e conveniência e/ou oportunidade da legislação penal refogem ao *jus discere* do juiz para se inserirem, exclusivamente, no *jus dare* do legislador. Só se deixa de aplicar uma lei positiva, quando ela é "injusta" para o caso concreto, nunca quando possa ser tida como inconveniente ou inoportuna.

Reconhece-se que muitos juízes (seja pela aplicação do princípio exegético *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*, seja pela desgastante superpopulação carcerária), têm concedido comutação (redução da reprimenda) a condenados por crimes

hediondos. Outros têm concedido tal benefício a alguns (menos perigosos, violência ficta, "aviões do tráfico", já progredidos no regime, etc.) e negado a outros (mais perigosos, violência real, traficantes a atacado, etc.) numa arquitetura judicial justificável e até recomendável ante o silêncio dos últimos decretos natalinos.

Acontece, entretanto, que o Decreto nº 4.495/02, em seu art. 7º, inciso I, foi explícito ao negar a possibilidade de concessão do indulto natalino aos condenados por crimes considerados hediondos.

Em caso absolutamente idêntico, quando da vigência do Dec. 3.226/99, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça.

> Criminal. *HC*. Execução. Tráfico de entorpecentes. Decreto 3.226/99. Comutação. Impossibilidade. Vedação legal ao crime hediondo. Ordem denegada.
>
> - I. A comutação, espécie do gênero indulto, não pode ser concedida ao condenado por tráfico de entorpecentes, delito considerado hediondo pela Lei 8.072/90, ante a expressa vedação do art. 7º, inciso I, do Decreto 3.226/99.
>
> - II. Tratando-se de indulto parcial, devem ser observadas as restrições impostas ao Instituto mais abrangente.
>
> - III. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça, *HC* 13.727-SC, Rel: Min. Gilson Dipp, *DJU* de 23.10.2000, p. 157/158).

Por tais fundamentos, e acolhendo o lúcido parecer da douta Procuradoria de Justiça, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HABEAS CORPUS - **TRÁFICO DE DROGAS - CRIME HEDIONDO - RÉU DESAPARECIDO DO DISTRITO DA CULPA - LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO - CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DETERMINAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO COMO CONDIÇÃO PARA APELAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 594 DO CPP - DECISÃO FUNDAMENTADA NOS TERMOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LEGALIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

- O réu condenado por tráfico de drogas, crime considerado hediondo, que desaparece do distrito da culpa, tendo o oficial de justiça certificado nos autos, de maneira regular, que o mesmo se encontra em local incerto e não sabido, não pode aguardar em liberdade o julgamento da apelação, revestindo-se de legalidade a sentença condenatória que condiciona o recebimento do apelo ao recolhimento do réu à prisão, a teor do art. 594 do CPP, se a mesma se encontra devidamente fundamentada, de acordo com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.403810-9/000 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Tráfico de drogas - Recolhimento do réu como condição para apelar - Observância do art. 594 do CPP. - Não ofende a legislação pátria a determinação de prisão do réu condenado por tráfico de drogas - que é crime legalmente definido como hediondo -, lançada na própria decisão condenatória, notadamente quando o acusado desaparece, e com o oficial de justiça certificando nos autos, de maneira regular, que o mesmo está em local incerto e não sabido, sendo certo ainda que a determinação que condiciona o recebimento de apelo ao recolhimento do réu à prisão está devidamente fundamentada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias 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, 08 de janeiro de 2004. - *Sérgio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Emerson Donizete Evangelista, alegando que, tendo o mesmo respondido em liberdade a um processo criminal no qual foi acusado por tráfico de drogas, apesar de condenado, não poderia ter condicionado o recebimento do seu apelo e a apreciação do recurso ao seu recolhimento à prisão, tudo calcado tão-somente no fato de que, ao ser procurado pelo oficial de justiça para ser intimado para comparecer em Juízo, teria sido dado, equivocadamente, como desaparecido e estando em local incerto e não sabido.

O pedido está, de folhas 2 a 16, acompanhado dos documentos de folhas 17 a 90.

O pedido liminar foi indeferido, folha 93, seguindo-se a juntada das informações, folhas 96 e 97, questionando a falta de argüição da matéria na audiência ou em sede de alegações finais, tudo acompanhado dos documentos de folhas 98 a 131.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem, folhas 133 a 135.

Não vejo como acolher o pedido.

No caso dos autos, o paciente foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, na forma do art. 12 da Lei 6.368/76, sendo que, apesar de preso em flagrante, acabou solto por interpretação dos fatos por parte da autoridade policial. Ao final do feito, considerado culpado, foi condenado a 4 anos de reclusão em regime fechado, mais 66 dias-multa.

Interrogado inicialmente, folhas 66, quando se constatou a necessidade de realização de um novo e regulamentar interrogatório, o oficial de justiça, que possui fé pública, certificou, folha 55, que o imóvel dado como seu endereço residencial estava fechado. Mais ainda, que um vizinho informara que o paciente se teria mudado, não sabendo informar o novo endereço. Assim, o paciente foi dado como estando em local incerto e não sabido.

Diante de tal informação certificada nos autos, o ilustre Magistrado entendeu, ao sentenciar o caso, levando em conta que o paciente mudara de endereço sem comunicar seus novos dados, que tal situação recomendaria sua prisão, cassando o direito do paciente de apelar em liberdade.

Como se vê de folha 85, o Magistrado levou em conta o desaparecimento do paciente e, mais ainda, o fato de que ele estava sendo condenado por um crime hediondo, que não permitiria a concessão de liberdade provisória.

Quer o paciente que a certidão do oficial de justiça não possa ser levada em conta, afirmando que o paciente continuaria morando no mesmo endereço, que seria o local de residência de seus pais. A documentação acostada agrega declarações de vizinhos que comprovariam tais afirmações e apresentariam contas enviadas para seus pais no mesmo endereço.

Colocada assim a questão, entendo que o ilustre Magistrado, ao determinar a prisão do paciente, agiu corretamente.

Em primeiro lugar, não há como se desconsiderar uma certidão do Oficial de Justiça, informando que o paciente estaria em local incerto e não sabido, tão-somente à vista de declarações de vizinhos e contas relativas não ao paciente, mas a seus pais.

Ora, a certidão também está calcada em informações de vizinhos, que estavam no local no momento em que o oficial de justiça ali esteve procurando o paciente e não encontrou ninguém na casa, que estava fechada.

Além disso, o Magistrado fundamentou sua decisão de maneira clara, mostrando que, tendo sido condenado o paciente, estavam presentes razões que indicariam a possibilidade do decreto de prisão preventiva em desfavor do mesmo, medida que não fora tomada anteriormente porque a informação sobre tal desaparecimento veio aos autos junto com a audiência, que desaguou na prolação da sentença, logo em seguida.

Não havia como se exigir que o Magistrado primeiro editasse o decreto de prisão preventiva, atrasando o julgamento do feito, para, somente depois disto, sentenciar o caso.

Assim, a decisão, quando determinou a expedição do mandado de prisão não se manifestou como um capricho ou como uma determinação desacompanhada da devida e indispensável fundamentação.

Mais do que isso, ela está em consonância com orientações jurisprudenciais de tribunais superiores, no que se refere ao crime pelo qual o paciente restou condenado em primeiro grau, que é dos tais tidos legalmente como hediondos.

Confira-se no Supremo Tribunal Federal:

> 1. O art. 2º, § 2º, da Lei 7.072/90, por exigir o recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, não afronta o disposto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, à luz do qual as restrições à liberdade individual só se admitem em caráter excepcional, sob motivação convincente do Juiz em sua sentença. - 2. A presunção de não-culpabilidade não se opõe aos arts. 393, I, e 594 do CPP e ao art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, que estabelecem a prisão provisória posterior à sentença condenatória. - 3. Nos crimes 'hediondos', a regra - que é a proibição de apelar solto - só é afastada (o que é exceção) por decisão fundamentada do juiz em sentido contrário (*HC* nº 69.667-RJ, Rel. Ministro Moreira Alves. STF).

Este Tribunal também já asseverou, na sua Súmula 21, que:

> A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula 9 STJ).

O STJ também já se pronunciou em caso semelhante, em que o acusado desapareceu do distrito de culpa:

> Não faz jus ao benefício de aguardar em liberdade o julgamento da apelação o réu que se evade do distrito da culpa (*RSTJ*, 84/335-6).

Como se vê, a decisão que determinou o recolhimento do paciente foi bem fundamentada, calcando-se não só no fato de o mesmo ter desaparecido e estar em local incerto e não sabido, conforme certificação competente do meirinho, mas também porque se estava diante de uma condenação por tráfico de drogas, o que recomendava, à vista da informação do desaparecimento do paciente, que se garantisse a possibilidade de aplicação da lei penal, tudo de acordo com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, com tais considerações, denego a ordem.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

LIBERDADE PROVISÓRIA - TRÁFICO DE DROGAS - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO - PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA - DECISÃO FUNDAMENTADA - JUSTIFICAÇÃO COMPATÍVEL COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Desde que haja uma justificação compatível com as exigências legais na sentença que condena e determina a prisão do acusado por tráfico de drogas, a mesma não ofende a legislação pátria nem carece de fundamentação, não podendo o réu apelar em liberdade, mesmo que tenha permanecido solto durante o processo, devendo ser denegado o pedido de liberdade provisória.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.04.404913-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Tráfico de drogas - Prisão decretada na sentença condenatória - Réu que respondeu solto ao processo - Justificação compatível - Denegação da ordem. - Não ofende a legislação pátria a determinação de prisão do réu condenado por tráfico de drogas - que é crime legalmente definido como hediondo -, lançada na própria decisão condenatória, exigindo-se, entretanto, para a validade de tal medida, uma justificação compatível com a gravidade da ordem. Presente tal fundamentação, denega-se pedido de liberdade provisória.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias 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, INDEFERIDO O PEDIDO DE ADIAMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2004. - *Sérgio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Carlos Eduardo de Jesus Mendonça, alegando que, tendo o mesmo respondido em liberdade a um processo criminal no qual foi acusado por tráfico de drogas, apesar de condenado, não poderia ter decretada a sua prisão naquele momento, buscando, com isto, sua soltura, mesmo porque o simples fato de o crime ser tido como hediondo não justificaria a medida radical tomada na decisão.

O pedido está, de folhas 2 a 5, acompanhado dos documentos de folhas 6 a 49.

O pedido liminar foi indeferido, folha 53, seguindo-se a juntada das informações, folhas 55 e 56, tudo acompanhado dos documentos de folhas 57 a 86.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem, folhas 87 a 90.

Não vejo como acolher o pedido.

No caso dos autos, o paciente foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, na forma do art. 12 da Lei 6.368/76, sendo que, apesar de ter permanecido solto durante a realização do processo penal, ao final do feito, depois de considerado culpado, foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado mais 90 dias-multa.

Diante da condenação, o Sentenciante entendeu que o paciente seria pessoa periculosa, sendo que a sua permanência em liberdade colocaria em risco a sociedade. Com isso, e considerando ainda que o crime seria hediondo, decretou sua prisão, que efetivamente já foi cumprida.

Como se vê de folhas 31 a 45, o Magistrado assim fundamentou sua decisão neste aspecto da prisão do paciente:

> O réu encontra-se respondendo o feito em liberdade, entretanto foi condenado por crime hediondo, tráfico de drogas e a sua permanência no meio social se revela altamente perigosa. Na advertência do em. Des. Gilson Góes Soares, do egrégio TJSE, como Relator da Ap. 103/95 (*RT*, 737/684) 'O traficante , mesmo sendo primário, demonstra um alto grau de culpabilidade, péssima conduta social, personalidade duvidosa, devendo ser afastado da sociedade a fim de evitar o seu contato com elementos de idêntico comportamento, e com aqueles menos favorecidos pela sorte, que, sem dúvida, tornam-se presas fáceis para o vício e, posteriormente, para o tráfico'. Conseqüências graves ao próprio agente, impondo risco de dano à coletividade. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu Carlos Eduardo.

Com a devida vênia ao ilustre parecerista do Ministério Público, não vejo nenhuma ausência de fundamentação a justificar a medida no trecho acima destacado.

Ora, no exame da ação do paciente, o Magistrado destacou que a quantidade de droga apreendida chegava a cerca de um quilo, o que bem demonstra a gravidade do caso. Ao fixar a pena do paciente, citou decisão superior que mostraria a necessidade de aumento de pena quando a quantidade de droga é considerada elevada. E, especificamente no momento da determinação da prisão do paciente, valendo-se das considerações que entendeu pertinentes do Des. Gilson Góes, entre outras coisas afirmou, contra o paciente, que:

1 - ele seria periculoso;

2 - ele seria portador de personalidade duvidosa;

3 - que o grau de culpabilidade seria alto;

4 - que ele teria péssima conduta social;

5 - que a medida era recomendável para evitar contatos com elementos de comportamento idêntico;

6 - que permanecendo solto, ele estaria livre para continuar explorando os menos favorecidos, presas fáceis para o vício e, posteriormente, para o tráfico;

7 - que as conseqüências de sua ação foram graves para o próprio agente;

8 - que a sua permanência em liberdade imporia riscos de dano à sociedade.

Examinado assim o caso, entendo que a justificação lançada na decisão é compatível com as exigências legais e não está a merecer qualquer censura ou revisão em sede de *habeas corpus*.

Destaque-se mesmo que existem duas Súmulas desta casa, a 5 e a 6, que, apesar de reconhecer que o réu que responde o processo em liberdade, mesmo condenado, como regra geral, deve

permanecer em liberdade até o julgamento de seu apelo, asseverando também que existiriam casos especiais que, devidamente justificados, comportariam a quebra desse entendimento que se aplica à maioria dos casos semelhantes.

Diz a Súmula nº 5 que:

> Salvo caso de reincidência, o réu que se encontrava em liberdade por ocasião da sentença de pronúncia, deve permanecer em liberdade, ressalvados os casos especiais e justificados.

E a Súmula nº 6 determina que:

> Réu não reincidente que se encontrava em liberdade ao tempo da sentença condenatória pode apelar em liberdade, salvo se a prisão provisória for devidamente justificada na sentença. Não bastando a simples afirmativa de tratar-se de crime hediondo.

Como se destacou acima, a fundamentação não se lastrou unicamente no fato de a condenação ter recaído em crime legalmente definido como hediondo. Ela foi objetiva ao destacar os perigos que o réu representaria para a sociedade caso permanecesse solto, se já tem contra ele uma decisão condenatória. A opção do Magistrado foi clara na decisão: se até ali se respeitara a liberdade do paciente, quando lançada a decisão condenatória, entendeu-se que não havia mais como se aceitarem os riscos que a sociedade viveria com a permanência do paciente solto, mesmo pendendo ainda recurso de apelação em seu favor.

Assim exposto o caso, entendo que a decisão que determinou a prisão do paciente foi ampla e devidamente justificada na sentença, não havendo por que desconsiderá-la agora.

Assim sendo, com tais considerações, denego a ordem.

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, INDEFERIDO O PEDIDO DE ADIAMENTO.

CRIME CONTRA OS COSTUMES - TESTEMUNHA ANALFABETA - AUSÊNCIA DE ASSINATURA A ROGO - MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO CONSTITUI NULIDADE - MISERABILIDADE DA VÍTIMA - COMPROVAÇÃO POR DECLARAÇÃO VERBAL - POSSIBILIDADE - PALAVRA DO OFENDIDO - RELEVÂNCIA - PENA - TENTATIVA - FUNDAMENTAÇÃO PARA O QUANTO DA REDUÇÃO

- A ausência de assinatura de testemunha a rogo daquela que apôs apenas sua impressão digital constitui mera irregularidade, que não implica nulidade, pois a essência do ato deve ser mais importante que a formalidade.

- A miserabilidade jurídica da vítima, para fins do art. 225, § 1º, I, do CP, pode ser comprovada mediante simples declaração verbal ou escrita, até que seja prolatada a sentença final.

- Nos crimes contra os costumes, dada a sua natureza clandestina, a palavra do ofendido tem especial relevo, constituindo a coluna de sustentação da estrutura probatória, máxime quando coerente, segura e em consonância com as demais provas dos autos.

- A redução da pena em função do reconhecimento de que o crime teria sido praticado na sua modalidade tentada exige fundamentação que justifique o quanto de tal diminuição, motivação que se constrói com a análise do *iter criminis* percorrido pelo acusado até o momento em que não pôde consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.02.019769-7/001 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Pena - Tentativa - Fundamentação para o quanto da redução - Nulidade afastada. - A redução da pena em função do reconhecimento de que o crime teria sido praticado na sua modalidade tentada, exige fundamentação que justifique o quanto de tal diminuição, motivação que se constrói com a análise do *iter criminis* percorrido pelo acusado até o momento em que não pôde consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

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 REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL, COM RECOMENDAÇÃO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Sérgio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - Paulo Sérgio Nascimento apela contra a sentença de fls. 128/148, que o condenou nas sanções do art. 213 c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de seis anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por ter, na data de 06.04.02, durante a madrugada, nas imediações do nº X da Rua Y, Bairro Z, Barbacena, tentado constranger à conjunção carnal, mediante violência, a menor K.A.O., não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, eis que a vítima apresentou resistência e foi socorrida por terceira pessoa.

Preliminarmente, aduz a nulidade do feito, por não ter sido o depoimento da testemunha L.G.M. firmado pela mesma. Argüi, ainda, o vício da ação por ser de natureza privada e não pública, diante da ausência de comprovação da miserabilidade da vítima. No mérito, busca sua absolvição, ao argumento de que faltam nos autos provas do crime, eis que o conhecimento do fato se deu apenas através da vítima e de uma testemunha portadora de problemas visuais.

O MP, fls. 162/166, pugna pela manutenção da decisão proferida em primeiro grau. O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, fls. 171/177, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Conheço do recurso por ser próprio e ter sido apresentado com observância das exigências legais.

Preliminarmente, verifico que o apelo, quando busca a nulidade do feito desde o depoimento da testemunha L.G., por ter a mesma apenas aposto sua impressão digital, não assinando outra testemunha a rogo, não tem a mínima condição de ser atendido. Trata-se, na verdade, de mera irregularidade, que nenhum gravame acarretou às partes.

Assim já decidiu o STJ:

> Ementa: Prisão em flagrante de pessoa analfabeta. Formalidade. - O auto de prisão em flagrante deve ser assinado pela autoridade competente, o escrivão, o condutor, o acusado e as testemunhas. Mas, quando se trata de analfabeto, se tomada a impressão digital, outra pessoa assina 'a rogo'. A falta de assinaturas de duas outras testemunhas não o contamina de nulidade, posto que, por esse modo, não ocorreu omissão de formalidade essencial do ato. Já é tempo de se progredir neste País fazendo com que a formalidade não seja mais importante do que a essência do ato (*HC* nº 1.454-ES, Rel. Min. Jesus Costa Lima).

Ademais, como bem ressaltou a MM.ª Juíza *a qua*, "... estando presente à audiência, concordou o advogado de defesa com a forma do ato, aceitando, portanto, os seus efeitos" (fls. 135).

Rejeito esta primeira preliminar de nulidade do feito.

Ainda preliminarmente, verifico que não há que se falar em vício da ação ante a ausência de comprovação nos autos da miserabilidade da vítima.

A esse respeito, vêm decidindo os tribunais superiores que:

> Ementa: Penal. Processo penal. Estupro. Miserabilidade da ofendida. Representação. - I. Miserabilidade da vítima: A pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. - II. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal. - III. *HC* indeferido (*JSTF*, 25/256).
>
> Alegação improcedente de falta de legitimidade ativa do *Parquet* estadual, porque não demonstrado o estado de miserabilidade dos pais da menor. O que quer o art. 225, § 1º, I, do Código Penal é que o economicamente desprovido não comprometa o orçamento familiar, dele tirando recursos indispensáveis à manutenção da família. Havendo possibilidade de tal comprometimento, a ação torna-se pública condicionada à representação. Ausência de ilegalidade (*JSTF*, 233/251).
>
> A miserabilidade jurídica da vítima, para fins do CP, art. 225, § 1º, I, pode ser comprovada mediante simples declaração verbal ou escrita, até que seja prolatada a sentença final (STJ, *RT*, 759/566).

Assim, rejeito também esta segunda preliminar.

No mérito.

Argüi o apelante a falta de provas nos autos, estando a sentença de primeiro grau apoiada apenas no depoimento da vítima e de uma testemunha com problemas visuais.

Razão, porém, não lhe assiste. Apreciando o caso, vemos que as provas são uníssonas em apontá-lo como sendo o autor da tentativa de estupro contra K.

O crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, em virtude de sua natureza, é na maioria das vezes praticado às escondidas, o que torna extremamente importante a palavra da vítima, quando coerente e apoiada em outros elementos probatórios. Esse é o posicionamento que se vem cristalizando neste eg. TJMG, como se pode ver nos casos que transcrevo abaixo:

> Ementa: Estupro - Palavra da vítima - Conjunção carnal comprovada - Causa de aumento do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 - Regime integralmente fechado - Inconstitucionalidade. - Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima quando coerente, segura e em consonância com as demais provas dos autos é importante meio de prova, já que tais crimes, na maioria das vezes, são cometidos na clandestinidade (Apelação Criminal nº 304.671-1, Comarca de Belo Horizonte, Rel.ª Des.ª Jane Silva).

> Ementa: Apelação criminal. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Autoria induvidosa. - Farta é a prova testemunhal a corroborar as declarações prestadas pela vítima na fase administrativa. Se o conjunto probatório é no sentido de ter o acusado praticado o delito que lhe foi imputado, não há como absolvê-lo. Recurso desprovido.

> É sabido que, nos crimes contra os costumes, dada a sua natureza clandestina, a palavra da ofendida tem especial relevo, constituindo a coluna de sustentação da estrutura probatória, devendo por isso merecer crédito. Principal protagonista do evento, indiscutivelmente a sua versão encerra valor inestimável e não pode ser amesquinhada, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que a vítima se equivocou ou mentiu com relação aos fatos (Apelação Criminal nº 325.922-3, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Odilon Ferreira).

É exatamente este o caso dos autos. O depoimento da vítima, tanto na Polícia, quanto em Juízo, é contundente no sentido de revelar como se deu a conduta imputada ao réu pela denúncia.

Contundente também e em sintonia com o depoimento da ofendida, é o depoimento da testemunha L.G.M., embora pessoa portadora de problemas visuais. Senão, vejamos:

A ofendida, em seu depoimento judicial, afirmou que:

> ...de repente alguém agarrou a informante por trás, e lhe tampou a boca e lhe jogou ao solo; ...que o réu deitou sobre a informante e tentou rasgar sua blusa; que o réu também tentou abrir o fecho de sua calça; que a informante tentou empurrar o réu e conseguiu com que ele tirasse a mão de sua boca; que a informante começou a gritar; que o réu ao vê-la gritar passou a dar socos na informante; que uma senhora que morava próximo chegou na janela e começou a gritar com o réu... (fls. 72/73).

Sua versão foi integralmente confirmada pela testemunha L. G., ao esclarecer que:

> ... a depoente percebeu que alguém gritava; que a informante foi até a janela e viu que o réu estava atacando a vítima; que o réu tirava a roupa da vítima; ...que a informante gritou com o réu... (fls. 68).

De mais a mais, mister observar que, no caso vertente, a palavra da ofendida não se constitui a única prova a militar contra o apelante, eis que reforçada pelo exame de corpo de delito encartado à fl. 27, bem como pela prova testemunhal.

Cabe ressaltar, ainda, que o argumento da defesa de que o conjunto probatório se mostrou frágil, uma vez que a única testemunha presencial possui problemas de vista, não pode prosperar. O fato de ela ter problemas visuais não significa que ela não tenha conseguido enxergar o ocorrido. Não existe nos autos qualquer prova capaz de retirar o valor do depoimento da testemunha. Assim, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que tal argumento não passa de mero expediente de defesa.

Como se vê, o apelo não tem a consistência que alardeia, não havendo como se acolherem seus termos para absolver o apelante das imputações que lhe foram feitas.

Se no mérito o apelo não reclama acolhida, no tocante à dosimetria da pena, não há como se deixar de reduzir ao mínimo legal a pena do apelante em função da tentativa.

É que:

> Tratando-se de tentativa de crime, a diminuição da pena privativa de liberdade abaixo do máximo previsto no art. 14, parágrafo único, do CP não pode ser imposta sem a necessária motivação (TJMG, *RT*, 638/326).

E mais:

> Ausência da indispensável motivação. Aplicação da redução máxima. '... se o magistrado não justifica a redução mínima, em razão do delito tentado, deve-se aplicar a redução máxima, ou seja, de 2/3' (TJSC, *RT*, 563/348).

Examinando a decisão no tocante à redução da pena em função da tipicidade do crime como tentado, vamos ver que não se fez nenhuma consideração sobre o caminho percorrido pelo apelante no chamado *iter criminis*, faltando a indispensável fundamentação que justifique a diminuição, pela tentativa, apenas de um terço.

É indispensável, quando da diminuição da pena em casos de crimes tentados, que o julgador fundamente e exponha as razões pelas quais entendeu cabível este ou aquele montante de diminuição, sem o que a decisão se mostra fragilizada.

Sem que se faça clara a fundamentação, o direito de defesa fica prejudicado, pois não se pode, inclusive, questionar, em recurso próprio, tal fundamentação.

O caso seria até de nulidade da decisão por falta de fundamentação no tocante à fase da dosimetria da pena. Contudo, ao se aceitar a orientação jurisprudencial no sentido de que a aplicação do máximo na redução pelo crime tentado afastaria a nulidade, encontra-se um caminho capaz de superar tal problema.

Assim sendo, dou provimento parcial ao apelo para, mantendo a condenação, pois bem-lançada quanto ao mérito, reduzir a pena-base do apelante, que foi fundamentadamente estabelecida em 9 anos de reclusão, em dois terços, em função da tentativa, com o que concretizo a pena em 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, eis que o crime foi cometido com violência.

Não há como se aplicarem, ao caso, as inovações do art. 44 do Código Penal, pois o apelante é reincidente e o crime foi praticado com violência. Não cabe, ainda, a suspensão condicional da pena, em função das mesmas considerações.

Se solto, expeça-se, imediatamente, o competente mandado de prisão, se unânime a decisão.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL, COM RECOMENDAÇÃO.

HABEAS CORPUS - **TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - QUEIXA-CRIME - INDÍCIOS DA AUTORIA - FALTA DE MENÇÃO DO FATO DELITUOSO NA PROCURAÇÃO DO QUERELANTE - OMISSÃO SANÁVEL - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

- A ausência de menção do fato delituoso na procuração outorgada pelo querelante pode ser sanada a qualquer tempo, em conformidade com o art. 568 do CPP, não constituindo motivo para o trancamento da ação penal, mormente se da queixa-crime constam todos os elementos necessários para a exata compreensão da imputação que é feita ao paciente, de forma a possibilitar-lhe o manejo da mais ampla defesa.

- O *habeas corpus* é via inadequada para análise mais acurada de prova, a fim de se aferir a procedência ou não da acusação. Presentes os indícios indicativos da autoria, a alegação de falta de suporte probatório deve ser aferida nas vias ordinárias.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.404612-8/000 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento da ação penal - Inépcia da queixa crime - falta da menção do fato delituoso na procuração da querelante - Impossibilidade - Omissão sanável. - Presentes indícios indicativos da autoria, a alegação feita de falta de suporte probatório deve ser aferida nas vias ordinárias.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias 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, 29 de janeiro de 2004. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - Trata-se a espécie de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcelo Costa Carvalhaes, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 213 e 214, combinados com os artigos 61, II, *e*, e 69, todos do Código Penal.

Alega o impetrante a inépcia da queixa-crime, visto que a procuração outorgada pela querelante não menciona o fato delituoso. Acrescenta que falta suporte probatório para a propositura da ação penal.

Dessa forma, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, objetivando o trancamento da ação penal.

Indeferida a liminar pretendida, a autoridade apontada como coatora prestou as informações necessárias, e a douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

No essencial, é o relatório.

Passo a decidir.

Após análise dos autos, vejo que não merece acolhida a presente ordem, pois o paciente não sofre de qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela via do remédio heróico.

O ilustre impetrante alega inépcia da queixa-crime, bem como a falta de suporte probatório para a propositura da ação penal. No entanto, não merecem prosperar tais alegações, senão vejamos.

No que tange ao pleito da rejeição da queixa-crime em face da falta de menção do fato delituoso, na procuração, do querelante, há dois motivos que não procedem.

Primeiro, porque tal vício é sanável a qualquer tempo, como preceitua o art. 568 do CPP.

Segundo, porque dessa circunstância não decorre qualquer prejuízo para a defesa, tendo em vista que o fato se encontra bem relatado na queixa-crime, que apresenta todos os elementos necessários elencados no art. 41 do CPP, dando a exata compreensão da imputação que é feita ao paciente, possibilitando, assim, o manejo da mais ampla defesa. Além disso, tal irregularidade não irá influir no deslinde da questão posta em julgamento.

Nesse sentido, inconcebível é o trancamento da ação penal a esse fundamento, o que iria redundar na impossibilidade de se apurar um fato cometido que, em tese, se demonstra ilícito, principalmente se considerarmos, como disse, que o vício pode ser sanado no decorrer da instrução.

Relativamente à alegação de falta de suporte probatório, a mesma não tem razão de ser. Conforme se apura nos autos, existem documentos e elementos que demonstram a materialidade e indícios da autoria, como boletim de ocorrência (18/19) e exames periciais (20/21/22). Destarte torna-se impróprio o exame dessa alegação em sede de *habeas corpus*, pois seus estreitos limites não comportam análise mais acurada da prova, a fim de se aferir a procedência ou não da acusação.

Isto posto, denego a ordem.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

JÚRI - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA

- A decisão do Júri que acata uma das versões, amparada pela prova dos autos, não autoriza sua cassação sob pena de afronta ao princípio da soberania do veredicto popular.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 348.669-3/00 - Comarca de Ponte Nova - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Decisão contrária à prova dos autos - Caso concreto - Provas. - A decisão do Júri que acata uma das versões, amparada pela prova dos autos, não autoriza sua cassação sob pena de afrontar o princípio da soberania do veredicto popular. - 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 NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Geraldo José da Cruz, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP, uma vez que, conforme os termos da denúncia, no dia 31 de agosto de 1998, aproximadamente às 20h50m, na Rua Armando de Freitas, 217, Bairro São Pedro, em Ponte Nova, teria desferido diversos disparos de arma de fogo, juntamente com terceira pessoa, contra a vítima Airton Luiz de Oliveira, causando-lhe as lesões descritas no acd, das quais resultaram sua morte.

Ao término da instrução criminal, foi ele pronunciado nas iras do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal e submetido a julgamento perante o eg. Tribunal do Júri, onde teve sua condenação nos termos da r. decisão de fls. 215/217, recebendo a reprimenda de quatorze anos de reclusão, com o regime prisional fechado para o seu cumprimento.

Irresignado, a tempo e modo, recorreu o sentenciado, objetivando realização de novo julgamento, ao argumento de ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Contra-arrazoado o recurso, opina pelo seu improvimento a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Gilberto Augusto de Mendonça.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento.

Com efeito, é assente na doutrina e jurisprudência que é dado ao Júri optar por uma das versões razoáveis que emergir do contexto probatório dos autos.

Nesse sentido já se pronunciou o STF:

> Assim, havendo duas ou mais versões, todas razoáveis em confronto com as provas, pode o Tribunal do Júri optar pela que lhe pareça mais verossímil ou pela que melhor se ajuste ao caso concreto, sem vez para que o órgão revisor possa cassar a decisão por manifestamente contrária à prova dos autos (*HC* nº 70.129, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* de 17.06.94, p. 15.271; STJ, *HC* nº 10-DF, de 16.10.89, p. 15.858).

Por sua vez, este eg. Tribunal já consagrou na Súmula 28 que:

> a cassação de veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

No caso em exame, tem-se que a pretensão do réu não encontra amparo legal, havendo de se admitir que o Júri apoiara sua decisão em elementos de convicção idôneos.

Assim, sua combativa defesa, com o intuito de retirar a veracidade da afirmação inserta no depoimento de fl. 256, sobre a suposta fragilidade física do réu, em decorrência deste já ter sido tuberculoso, restou inócua, uma vez que o mesmo assevera que:

> no dia dos fatos, encontrava-se na casa de Wanderley, escrivão da Polícia Civil na cidade de Viçosa-MG, trabalhando como pedreiro; que no dia dos fatos trabalhou para o Sr. Wanderley, na cidade de Viçosa, até às 23 horas...

Ora, não é de se aceitar que indivíduo, apresentando a debilidade já referida, que lhe impossibilita evadir-se, correndo do lugar do crime, possa dedicar-se a tarefa árdua do trabalho braçal por tão longo período.

Por oportuno, registre-se que sua afirmação de estar ausente da cidade quando da ocorrência do nefasto fato aqui descrito não restou comprovada.

Efetivamente, a testemunha Wanderley de Paula Vieira não conseguiu precisar a data em que o acusado lhe teria prestado o serviço de pedreiro, assim se exprimindo à fl. 192 dos autos:

> ... que ele depoente se aposentou em outubro de 1998, sendo que antes disto foi que o acusado prestou-lhe serviços em Viçosa, que acredita que os serviços foram prestados entre os jogos da copa do mundo e sua aposentadoria; que não pode precisar se o réu permanecia em Viçosa quando prestava-lhe serviços.

Incomprovada sua permanência na Cidade de Viçosa, diante da incerteza do depoimento acima transcrito, caem suas afirmações, mais uma vez, no vazio.

É de se ressaltar que, inexplicavelmente, a testemunha Natividade Ângela Custódio, para a qual não foram prestados serviços pelo réu, conseguiu lembrar-se da presença do mesmo, quando se deram os fatos narrados na inicial.

É de se ver, lado outro, que Ilda das Graças Pereira às fls. 164/165 esclareceu:

> Que espontaneamente, comparece a esta Unidade Policial para esclarecer que esteve com sua filha, L.A.G., de 16 anos, durante todo o tempo em que a mesma prestou informações nesta Unidade, acerca dos fatos no tocante à morte de Ailton, proprietário de uma antiga 'danceteria' localizada no bairro São Pedro, neste município, ocorrido há 04 (quatro) anos aproximadamente; Que presenciou a referida filha dizer sem nenhuma pressão física ou psicológica, que tinha pleno conhecimento por ter presenciado aos fatos, de que o autor do homicídio tratava-se de Geraldo José da Cruz, v. 'Geraldinho', e que por conhecer tal situação se sentia ameaçada por ele e pelos familiares do mesmo; Que na data de hoje durante sua oitiva, sem que tivessem sido chamadas para tal, aqui estiveram Célia Cristina Benta da Cruz e Neurinéia Neves Miranda, ambas residentes na Rua Geraldo Magela Guimarães, 85, Cidade Nova - nesta, às quais visivelmente tentavam intimidá-la, no sentido de que a mesma não dissesse a verdade dos fatos; Que a depoente presenciou, assim como as testemunhas abaixo identificadas, o recolhimento das duas no corredor da Cadeia Pública, única forma encontrada pelos policiais afim de dar segurança à depoente para que a mesma pudesse externar seu conhecimento sobre os fatos; Que ficou sabendo a depoente que a primeira esposa de Geraldinho e a segunda é amasiada com o irmão de Geraldinho, Cláudio Vieira da Cruz, v. 'Cebola', foragido da Justiça por prática de várias infrações penais.

Por seu turno, a digna Juíza prolatora da r. sentença de pronúncia afirma, ao final de sua decisão, que:

> É dever ressaltar, todavia, que quando foi realizada a audiência de instrução, o MM. Juiz que a presidiu, quando negou a liberdade provisória ao acusado, asseverou que foi possível perceber, durante os depoimentos, o temor que todas as testemunhas demonstraram ter pelo acusado.

É o que consta à fl. 187:

> vê-se que o réu embora provisoriamente segregado ainda exerce influência sobre as testemunhas, haja vista as que depuseram nesta assentada. Diga-se que algumas delas não sabem nem sequer se a vítima morreu, tanto temor que têm da pessoa do réu.

Assim sendo, plenamente justificável a abrupta e radical mudança, em juízo, das declarações da menor L., havendo de se aceitar como verdadeiras as prestadas na fase inquisitorial.

Mercê de tais considerações, repito, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

PRISÃO PREVENTIVA - ROUBO QUALIFICADO - FAVORECIMENTO PESSOAL - MATERIALIDADE DO DELITO - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - GRAVIDADE DO CRIME - PERICULOSIDADE DO AGENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RÉU PRIMÁRIO - RESIDÊNCIA FIXA - IRRELEVÂNCIA - LIBERDADE PROVISÓRIA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - *HABEAS CORPUS* - ORDEM DENEGADA

- Havendo prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, tratando-se de delito grave, que atinge valores sociais relevantes e causa negativa repercussão na comunidade, denotando o agente elevado grau de periculosidade, justifica-se a prisão preventiva para garantir a ordem pública e preservar o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional, não sendo admissível a concessão da liberdade provisória, ainda que o réu seja primário e tenha residência fixa no distrito da culpa.

- Em sede de *habeas corpus*, não é possível a valoração de depoimentos colhidos no inquérito policial, tampouco confrontar argumentos fáticos relacionados com a tese da negativa da autoria. Também não cabe discutir sobre matéria de mérito, que reclama análise detida, podendo repercutir no desfecho da demanda criminal, mas não sobre a conveniência de se manter a prisão cautelar do paciente durante a instrução probatória.

- A circunstância de o processo encontrar-se com a instrução probatória concluída, já tendo ingressado na fase de alegações finais, recomenda prudência no reexame da necessidade e conveniência da manutenção da prisão preventiva, sendo razoável facultar tal providência ao magistrado de primeiro grau que está na iminência de imprimir o desfecho à demanda, decidindo, inclusive, sobre a conveniência de o réu permanecer sob custódia.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.402460-4/000 - Comarca de Manga - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Constrangimento ilegal - Roubo qualificado e favorecimento pessoal - Liminar indeferida - Alegação de ausência de fundamentação e inexistência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal - Réu primário e com endereço fixo - Irrelevância - Gravidade do crime e periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Ordem denegada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Mardem Drumond Viana.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Ouvi, com a devida atenção, a sustentação oral produzida da tribuna pelo ilustre impetrante.

O fato novo comunicado a esta Câmara através de memorial, e ora reiterado da tribuna, apenas dá aos impetrantes a faculdade de requerer ao Juiz do feito a aplicação do art. 316 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.

Esta Câmara não pode antecipar-se ao juízo do feito por uma simples razão: não está o juiz adstrito às alegações finais das partes, não sendo obrigado a acatar as alegações finais da acusação.

Tenho voto escrito, que passo a ler.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Plínio Bezerra Sobrinho, assim relatado pelo ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Renato Martins Jacob:

> As doutoras Jussara Maria de Oliveira Ribeiro e Mônica Maria Coimbra de Paula, advogadas inscritas na OAB/MG, respectivamente, sob os nºs 85.656 e 80.347, impetram o presente *habeas corpus* em favor do paciente Plínio Bezerra Sobrinho sob a alegação de constrangimento ilegal perpetrado pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Boa Esperança-MG, ora apontado como autoridade coatora.

O paciente está preso preventivamente e foi denunciado como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. artigo 29 e artigo 348, todos do Código Penal.

Segundo as doutas Impetrantes, a manutenção da prisão preventiva configurou ilegalidade manifesta, pois entende, em resumo, que o decreto prisional é nulo por ausência de fundamentação, acrescentando, ainda, que não estão presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, até porque se trata de réu primário e com endereço fixo no distrito da culpa.

O pedido foi instruído com os documentos de fls. 13/514-TJ.

Indeferida a liminar pleiteada e depois regular requisição, o douto Impetrado prestou as informações de praxe, acompanhadas dos documentos de fls. 521/542-TJ.

É a síntese do necessário.

Após fiel relato do acontecido até então, opinou S. Exa.:

Não merece prosperar a pretensão liberatória em apreço, *data venia*. O paciente foi detido por força de prisão cautelar, sendo certo que a impetração não conseguiu demonstrar, convincentemente, que ele está a sofrer qualquer tipo de constrangimento ilegal.

De fato, a decisão fustigada não contém qualquer eiva de ilegalidade. Obviamente que, para a concessão de *habeas corpus*, exige-se que o ato guerreado, além de ofensivo ao direito de locomoção do cidadão, esteja revestido de manifesta ilegalidade, hipótese, essa, não certificada nos presentes autos. Senão vejamos.

A alegação de que a custódia preventiva foi elaborada com fundamentação insuficiente é improcedente, *data venia*. Com efeito, o decreto de prisão preventiva, acostado às fls. 529/535-TJ, ao contrário do que afirmam as doutas impetrantes, encontra-se suficientemente fundamentado, ensejando ao paciente o conhecimento dos reais motivos que determinaram a sua segregação provisória.

O paciente pode até discordar dos motivos encontrados pelo honrado Magistrado - *admite-se*, mas daí concluir que a decisão prisional violou o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e o artigo 315 do Código de Processo Penal é algo que não se ajusta à realidade do processo.

Finalizando esse tópico, convém lembrar que 'a decretação de prisão preventiva há de encerrar um juízo de risco, não de certeza, sob pena de incorrer a Justiça em evidente *contradictio in terminis*, laborando, a par disso, em perigoso prejulgamento da causa se estivesse a fundamentar mais do que o razoável a necessidade ou conveniência da segregação cautelar' (TJSP - *RT*, 602/340).

Como se não bastasse, forçoso reconhecer que a prisão preventiva do paciente se revelou correta e necessária frente ao disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

O r. despacho prisional de fls. 529/535-TJ deixou claro existir prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, acrescentando, ainda, que a medida prisional excepcional se justificava, dentre outros tantos motivos, como forma de garantir a ordem pública, seja para evitar a prática de novos crimes, seja em virtude da negativa repercussão social provocada pela gravidade dos delitos, seja, enfim, até mesmo para preservar o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional.

Tais fundamentos não resultaram elididos pela impetração, *data venia*, acreditando que a manutenção da prisão preventiva ainda se justifica para a garantia da ordem pública.

No caso, atribui-se ao paciente a co-autoria em gravíssimo delito de roubo cometido contra a agência do Banco do Brasil da cidade de Manga-MG, cuja execução contou com a colaboração de organizado grupo criminoso que distribuiu rajadas de fuzil AR-15 para *todos os cantos*, atingindo, assim, valores sociais relevantes, causando profunda e negativa repercussão na comunidade, que passou a se sentir intranqüila e absolutamente desprotegida, podendo perder a confiança até mesmo na atividade jurisdicional, caso os acusados permaneçam em liberdade.

Arrimando-se em precedentes jurisprudenciais, JÚLIO FABBRINI MIRABETE esclarece que:

'Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional' (*in Código de Processo Penal Interpretado*, Editora Atlas, 2ª edição, 1994, p. 376/377).

Já na esteira do entendimento do Prof. TOURINHO FILHO:

'Ordem pública, enfim, é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver na iminência de sofrer atos de vingança por parte da vítima, dos seus familiares, ou da multidão incontida e revoltada com a prática do crime; se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública' (*in Processo Penal*, v. III, Saraiva, 1986, p. 423).

Nada mais correto. Não é demais repetir que o paciente também está sendo acusado de participar de roubo duplamente qualificado pelo concurso de agentes e por emprego de arma de fogo, modalidade delituosa que denota o elevado grau de periculosidade do agente.

Ora, preso em tais condições, acusado da prática de tão grave crime, não há como justificar perante a coletividade de Manga a concessão da liberdade provisória ao paciente, existindo, sim, grave risco para a ordem pública, impondo-se a manutenção da medida prisional até mesmo para resguardarem-se o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional. A propósito:

'Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada, pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente' (STF - *RT*, 648/347).

'As hipóteses de liberdade provisória, com ou sem fiança, estão previstas nos arts. 321, 322 e 323 do Código de Processo Penal, não se admitindo tal benefício no caso de prisão em flagrante pela prática de crime de roubo qualificado, cujas circunstâncias apontam para a necessidade de preservação da ordem pública' (CPP, art. 310)' (STJ - *HC* 6.910 - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* de 1º.6.98, p. 188).

'A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta, por si só, para embasar a custódia cautelar, no resguardo da ordem pública e mesmo por conveniência da instrução criminal' (STJ - *JSTJ*, 8/154).

'A garantia da ordem pública, dada como fundamento da decretação da custódia cautelar, deve ser de tal ordem que a liberdade do réu possa causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantias para a sua tranqüilidade' (TACRSP - *RJDTACRIM*, 11/201).

Assim, lastreado nas lições dos renomados juristas e nos julgados ora transcritos, ouso afirmar que a *ordem pública* estava sendo atingida por todos os lados; seja porque a notória repercussão dos violentos fatos abalava e afetava, gravemente, a tranqüilidade do meio social, seja porque o episódio vinha comprometendo o prestígio e a segurança da própria atividade jurisdicional estatal.

Necessária, portanto, a manutenção da preventiva guerreada como forma de garantir a tranqüilidade na Comarca e região.

Verifica-se, por outro lado, que a impetração procura elidir o ato prisional com argumentos fáticos e não comprovados cabalmente, o que não é permitido na via sumária do remédio heróico, que pressupõe, como é curial, tratar-se de ofensa a direito indiscutível do cidadão.

Assim, em sede de *habeas corpus*, não é possível a valoração de depoimentos colhidos no inquérito policial e, tampouco, confrontar argumentos fáticos relacionados com a tese da negativa da autoria. Também não cabe discutir se o paciente hospedou em sua residência um dos co-réus desconhecendo a sua participação no evento criminoso. Tudo isso é matéria de mérito, que reclama análise detida, podendo repercutir no desfecho da demanda criminal, mas não sobre a conveniência de se manter a prisão cautelar do paciente durante a instrução probatória.

A jurisprudência não diverge. Vejamos:

'O *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento' (STF - *HC* - Rel. Min. Celso de Mello - *RT*, 701/401).

'O *habeas corpus* impõe fato incontroverso. Exigência do procedimento para atender com celeridade o exame do alegado constrangimento ilegal. Não se presta, pois, para debater provas' (STJ - *RHC* 8.040 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. em 3.12.98).

'Não cabe transpor para o âmbito processual do *habeas corpus* a solução de controvérsia probatória' (STF - *RHC* - Rel. Rafael Mayer - *RT*, 529/398).

De relevo anotar, também, que o processo se encontra com a instrução probatória concluída, já tendo ingressado na fase de alegações finais, circunstância que recomenda prudência, *data venia*, no reexame da necessidade e conveniência da manutenção da prisão preventiva, sendo razoável facultar tal providência ao Magistrado de 1º grau, que está na iminência de imprimir o desfecho à

demanda criminal, decidindo, inclusive, sobre a conveniência de o réu permanecer sob custódia.

Também, a alegação de que se trata de réu primário e com residência fixa no distrito da culpa, *mesmo quando demonstrada nos autos*, não é suficiente para autorizar a concessão da liberdade provisória.

Iterativa, nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Vejamos:

'Esta Corte tem entendido que, apesar de o réu ter bons antecedentes e de gozar, até o instante do delito, de idoneidade moral, presumida, não autoriza, por si só, o relaxamento da prisão provisória se as circunstâncias do crime e suas condições objetivas e subjetivas a justificarem' (STF - *RHC* 65.827-ES, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 11.03.88, p. 4.743).

Portanto, diante dos elementos constantes da vertente impetração, não se pode tachar de ilegal a decisão prisional, até porque, 'em matéria de conveniência de decretação da prisão preventiva, deve ser considerado o denominado princípio da confiança nos juízes próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio' (TACRSP - *JTACRESP*, 46/86-7).

Posto isso, opino pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Ante a excelência do ora transcrito parecer, que adoto como razão de decidir, denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil*.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Também denego a ordem.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

EXCLUDENTE DE ILICITUDE - PRESO FORAGIDO - TIROS DISPARADOS POR POLICIAL EM PERSEGUIÇÃO A FUGITIVO - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

- Age sob o abrigo de excludente do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do Código Penal) o policial que, ao tentar recapturar fugitivo da Delegacia de Polícia, desfere tiros com armas de fogo, revidando disparos efetuados pelo próprio foragido.

RECURSO DE OFÍCIO Nº 349.495-2/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Homicídio - Preso foragido - Tiros disparados por policiais em perseguição - Estrito cumprimento do dever legal - Absolvição sumária - Recurso de ofício - Confirmação da decisão de primeiro grau. - Agem sob o abrigo da excludente do estrito cumprimento de dever legal os policiais que, ao tentarem recapturar fugitivo da Delegacia de Polícia, desferem tiros com armas de fogo, revidando disparos efetuados pelo próprio foragido.

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, 23 de outubro de 2003. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Demetre Georges Cavalas, Sebastião Ferreira Ramos, Geraldo Magela Dantas Colen, Renan Pereira, José Francisco Rodrigues, Eustáquio Soares Reis, José Paulo Pina e Roberto Soares de Macedo foram denunciados como incursos nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 29, ambos do Código Penal, ao fundamento de que, no dia 25 de abril de 1991, ao efetuarem uma diligência policial, que visava à recaptura da vítima Marcos Julio Mendes da Silva, foragido de uma Delegacia de Polícia, acabaram por matá-lo, com disparos de arma de fogo.

A r. sentença de fls. 191 julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados, ao argumento de que agiram eles sob a excludente de ilicitude do exercício regular de direito.

Não foram interpostos recursos.

Subiram os autos por força do disposto no art. 411 do CPP.

A d. Procuradoria opinou pelo não-provimento do recurso de ofício (fls. 197/199).

Recebo os presentes autos em duplo grau de jurisdição obrigatório.

Ao exame dos autos, verifica-se que, em meio a uma perseguição policial, a vítima, que havia fugido de uma Delegacia de Polícia da Cidade de Teófilo Otoni, acabou por ser atingida por tiros disparados pelos acusados, policiais que estavam no seu encalço, vindo a morrer em seguida.

Conforme sustentado pelo MM. Juiz sentenciante, no que foi acompanhado pela própria acusação, que não recorreu, e pela d. Procuradoria, que opina pela confirmação da sentença, não há dúvidas de que a vítima estava sendo perseguida pelos acusados e que estes, ao dispararem tiros com as armas que portavam, nada mais fizeram do que revidar tiros que estavam sendo disparados pela própria vítima, que, também armada, tentava escapar do cerco policial.

Veja-se que, em suas alegações finais, a própria acusação afirmou que:

> a prova testemunhal colhida nos autos noticia que a vítima, envolvida em inúmeros delitos contra o patrimônio, encontrava-se armada e antes de ser baleada reagiu a tiros contra os policiais empenhados em sua recaptura (fl. 186).

Ora, é certo que age sob o abrigo da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III) o policial que, ao tentar recapturar fugitivo da cadeia pública, desfere tiros com armas de fogo, revidando disparos efetuados pelo próprio foragido.

Dessa forma, imperativa é a absolvição sumária dos acusados.

Diante disso, em duplo grau de jurisdição obrigatório, confirmo a bem-lançada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - CRIME COMETIDO POR ADVOGADO - RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - APROPRIAÇÃO DOS VALORES - QUALIFICADORA DO ART. 168, III, DO CÓDIGO PENAL - INCIDÊNCIA - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR - DELITO CARACTERIZADO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - INAPLICABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - DENÚNCIA - NULIDADE - AUSÊNCIA

- Se a denúncia e o aditamento foram processados em conformidade com as normas legais pertinentes, não há que se falar em nulidade da peça exordial.

- Comete crime de apropriação indébita, na forma qualificada (art. 168, III, do CP), o agente que, na condição de advogado, recebe indenização de seguro obrigatório (DPVAT) e não repassa os valores ao seu cliente, deles se apropriando.

- Se a falsificação da assinatura não é grosseira, guardando semelhança com a verdadeira assinatura da vítima, sendo hábil a enganar a capacidade objetiva do homem comum, fica configurado o delito do art. 298 do CP.

- Tendo o agente falsificado a declaração de recebimento de indenização, não para auferir vantagem patrimonial, mas para evitar responsabilidade criminal, tal falsificação não faz parte do *modus operandi* da apropriação indébita, razão pela qual não pode o crime de falso ser absorvido pelo delito de apropriação indébita, sendo inaplicável, nesse caso, o princípio da consunção.

- Se, apesar de o acusado ter sido condenado anteriormente por outro delito de apropriação indébita, não foi considerado reincidente, sendo a pena aplicada em patamar inferior a quatro anos e não havendo violência ou grave ameaça à pessoa, faz ele jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 349.187-5/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Apelação criminal - Apropriação indébita - Falsificação de documento particular - Denúncia e aditamento processados em conformidade com as normas legais pertinentes - Ausência de nulidade - Preliminar rejeitada - Apropriação indébita - Autoria e materialidade comprovadas - Crime cometido na condição de advogada - Aplicação de causa de aumento de pena - Inteligência do art. 168, § 1º, III, do Código Penal - Falsificação de documento particular - Delito caracterizado - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Falsificação que não visava a vantagem patrimonial - Condutas autônomas - Precedentes - Reincidência não-caracterizada - Decote da circunstância agravante - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Apelação conhecida, rejeitada a preliminar e, no mérito, provida parcialmente.

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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Ana Paula Araújo Pinto.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Mariza Fátima Cordeiro Figueiredo, já qualificada, foi denunciada como incursa nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Narra a peça exordial (fls. 03/04) que a denunciada foi contratada como advogada pela vítima Lourenço José Pires para receber uma indenização de seguro referente a acidente de trânsito. Ocorre que a ré recebeu a quantia de R$3.557,27 (três mil quinhentos e cinqüenta e sete reais e vinte centavos), nada repassando para a vítima, apropriando-se de tal valor. A inicial acusatória foi recebida em 28.06.2000 (fls. 144/145).

Às fls. 167/168, o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia, em que fez constar que a acusada, na qualidade de advogada de Lourenço José Pires, recebeu na verdade a quantia de R$39.049,63 (trinta e nove mil quarenta e nove reais e sessenta e três centavos) junto à Seguradora HSBC - Bamerindus Seguros S.A., nada repassando para o ofendido, apropriando-se de tal valor. Narra ainda o aditamento que a denunciada falsificou documento particular e o usou para fazer prova em inquérito policial que investigava a apropriação indébita, acusando-a de ter cometido os crimes previstos nos arts. 168, § 1º, III, 298 e 304, todos do Código Penal. O aditamento foi recebido em 31.08.2000 (fls. 180).

Ao final de regular instrução, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, condenando a denunciada, nas sanções do art. 168, § 1º, III, CP, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, regime semi-aberto, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa; e do art. 298 do CP, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, regime semi-aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa (fls. 296/302).

Quando do julgamento dos embargos de declaração manejados pelo Ministério Público, o ilustre Julgador monocrático corrigiu erro material contido na sentença e reconheceu o concurso material de crimes (fls. 312/313).

Inconformada, apela a defesa (fls. 311). Em suas razões, pugna em preliminar pela nulidade do processo, tendo em vista a ausência de denúncia, alegando que a denúncia acostada nos presentes autos se refere a outra ação penal. No mérito, bate-se pela absolvição da apropriação indébita, eis que a apelante já foi condenada nos autos de outra ação penal, que seria referente ao mesmo fato. Argumenta ainda que a falsificação restaria absorvida pela apropriação indébita. Por fim, pugna pelo decote da agravante da reincidência e da causa de aumento do § 1º, III, do art. 168 do CP; pela substituição da pena ou concessão do *sursis*; e ainda pela alteração do regime de cumprimento de pena (fls. 337/348-TJ).

Em sede de contra-razões, o Ministério Público manifesta-se pelo provimento parcial do apelo, para absolver a recorrente quanto ao delito de falsificação e ainda para decotar a agravante da reincidência (fls. 351/360).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial do apelo, tão-somente para decotar a agravante da reincidência (fls. 362/365).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A preliminar argüida não merece acolhida.

Alega a defesa que o processo seria nulo *ab initio*, tendo em vista a ausência de denúncia. Afirma que a exordial juntada aos autos se refere a outra ação penal que imputa à ré a apropriação dos valores recebidos do seguro obrigatório - DPVAT. Como o acessório segue o principal, o aditamento também seria nulo.

Tal entendimento não pode prevalecer, *data venia*.

Como se vê do aditamento de fls. 167/168, a apelante foi acusada de ter-se apropriado de R$39.049,63 recebidos da Seguradora HSBC - Bamerindus Seguradora S.A., e ainda de ter falsificado documento particular. Posteriormente, tal aditamento foi recebido (fls. 180), iniciando-se novamente o rito procedimental, com nova realização de interrogatório (fls. 187), novo oferecimento de defesa prévia (fls. 189), seguindo-se regular instrução, até a prolação de sentença (fls. 296/302).

Portanto, não há qualquer tipo de mácula capaz de ensejar a nulidade da inicial acusatória, razão pela qual rejeito a preliminar.

Consta dos autos que Lourenço José Pires, motorista, sofreu um acidente automobilístico. Como possuía estreita relação de amizade com o esposo da ré, o também motorista Messias Chaves Figueiredo, acabou contratando os serviços profissionais da advogada Mariza Fátima Cordeiro Figueiredo, visando ao recebimento de seguro.

Ficou apurado nos presentes autos que, em 13.05.1999, a apelante se apropriou da vultosa quantia de R$39.049,63 (trinta e nove mil, quarenta e nove reais e sessenta e três centavos), recebida junto à Seguradora HSBC - Bamerindus Seguros S.A., nada repassando para o ofendido, apropriando-se de tal valor. Também há provas incontestes de que falsificou documento particular, visando fazer prova em inquérito policial, que investigava a apropriação indébita.

Como muito bem esclareceu o ilustre Sentenciante monocrático (fls. 297), a acusada já foi condenada nos autos de outra ação penal pela prática de apropriação indébita, também tendo como vítima a pessoa de Lourenço José Pires, eis que se apropriou da quantia de R$3.557,25 (três mil, quinhentos e cinqüenta e sete reais e vinte e cinco centavos) recebida como indenização do seguro obrigatório - DPVAT (cópia da sentença condenatória às fls. 276/278 e do acórdão do eg. Tribunal de Alçada às fls. 279/283).

Alega a defesa, em sede meritória, que:

> ninguém poderá ser processado e condenado por um mesmo delito por duas vezes. Se a Apelante já viu-se processada e condenada, tendo como vítima a mesma pessoa, tendo como constitutivo penal um mesmo fato, não há que ser processada duas ou mais vezes, devendo ser a Apelante absolvida (fls. 342).

Ora, está-se diante de dois fatos distintos. Conforme mencionado linhas acima, os presentes autos se referem à apropriação de R$39.049,63 recebidos junto à Seguradora HSBC - Bamerindus Seguros S.A., e ainda à falsificação de documento particular. Em outra ação penal, foi a ora apelante condenada por ter-se apropriado da quantia de R$3.557,25 recebida como indenização do seguro obrigatório - DPVAT.

Portanto, não há falar em *bis in idem*, muito menos em absolvição com base em tal argumento.

Diga-se ainda que o fato de as duas ações penais terem tramitado em autos apartados não trouxe prejuízo algum à apelante, muito pelo contrário. Em ambas as ações, a defesa teve oportunidade de produzir a prova que julgava conveniente, não havendo que falar em cerceamento de defesa.

A materialidade da apropriação indébita restou comprovada pela cópia do cheque do Banco HSBC Bamerindus emitido em favor de Lourenço José Pires (fls. 13) e pelo extrato bancário de fls. 101, em que se vê claramente que a quantia de R$39.049,63 foi depositada na conta da apelante, no Banco Bilbao Vizcaya.

A autoria também chega a ser inconteste. Em todas as vezes em que foi ouvida (fls. 23, 112, 162 e 187), a ré não nega que tenha recebido o cheque acima referido. Entretanto, apresenta uma versão absolutamente fantasiosa, alegando que fez um acordo com a vítima: ficaria com metade do dinheiro e a outra metade Lourenço emprestaria à acusada.

Tais declarações foram desmentidas pela vítima, como se vê claramente às fls. 20, 34, 112 e 209/210.

Afirmou expressamente o ofendido na fase inquisitorial: "... declara que as afirmações feitas pela doutora são falsas...".

Em Juízo, disse: "*que prometeu para a acusada vinte por cento do dinheiro que recebesse*" (fls. 209).

As declarações de Lourenço José Pires foram confirmadas pelo relato de Renato da Silva Figueiredo (fls. 21 e 211) e de Francisco Alberto Martins de Oliveira (fls. 22 e 212/213).

Tenho ainda que o MM. Juiz de Direito *a quo* agiu com acerto ao aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º, III, CP, que dispõe: "*A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa em razão de ofício, emprego ou profissão*".

Afirmou Lourenço à fl. 209: "... o depoente passou procuração para a acusada, na casa dela, na qualidade de advogada...".

O fato de a vítima ser amiga próxima da família da ré não descaracteriza o ilícito penal, muito menos inviabiliza a aplicação da causa de aumento, como muito bem registrado pelo Magistrado de primeiro grau (fls. 299).

> O fato comprovado pelas testemunhas de que a vítima permaneceu sob os cuidados da ré e seu marido, em sua residência, tratado como se da família fosse, em nada excluem o crime. Ao contrário, demonstram que a vítima tinha inteira confiança na conduta da denunciada e que houve abuso.

O ofendido tanto confiava na apelante que acabou procurando-a na condição de advogada, o que enseja a aplicação da causa de aumento de pena. Neste sentido:

> Pratica, em tese, o delito do art. 168, § 1º, III, do CP o agente que, sendo advogado e valendo-se de procuração outorgada pela vítima para a propositura de ação trabalhista, faz o levantamento da quantia depositada pela reclamada no processo, e não a entrega ao reclamante, dela se apropriando (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Walter Guilherme - *RJD*, 22/419).

Já que as apropriações dos valores recebidos da Seguradora HSBC - Bamerindus Seguros S.A. (objeto da presente ação penal) e do DPVAT (objeto de outra ação penal) foram processadas em autos apartados, a tese defensiva do crime continuado deverá ser argüida quando da execução das penas.

Passo à análise do delito de falsificação de documento particular (art. 298 do Código Penal).

No curso do inquérito policial, foi juntada aos autos uma "Declaração de Recebimento" (fls. 41), supostamente firmada por Lourenço José Pires. Em tal documento, o valor total de R$39.049,63 recebido da HSBC - Bamerindus Seguros S.A. seria dividido da seguinte forma: R$19.024,63 (metade da indenização) pertenceria à ré e a outra metade seria emprestada à advogada, "*para pagamento mensal a partir de 15.12.99, no valor de R$3.000,00 (três mil reais) ao mês*".

A materialidade de tal delito é comprovada no laudo pericial documentoscópico acostado às fls. 170/173, que concluiu que a assinatura não proveio do punho de Lourenço José Pires.

A própria ré, ao ser ouvida à fl. 23-v. chega a dizer: "*... a declarante formulou um documento que comprova o acordo firmado com o Lourenço...*".

A defesa contesta o laudo pericial, afirmando que foi feito através de cópia, e não com o documento original. Acrescenta que a perícia feita em cópia "*não traz com a responsabilidade que é exigível a certeza quanto à falsidade*" (fls. 343).

Conforme afirmado pelas próprias peritas à fl. 172, o ideal realmente é que o exame documentoscópico seja realizado com o documento original. Ocorre que as *experts* lograram êxito em constatar a falsidade, mesmo utilizando a cópia do documento falso. A conclusão acostada à fl. 173 não deixa margem para dúvidas: a assinatura contida no documento de fls. 41 não partiu do punho de Lourenço José Pires.

Diga-se ainda que não há como ir em busca do original. Tendo em vista que a própria apelante falsificou o documento, é bastante provável que sequer exista original.

A defesa chega inclusive a afirmar, também em sede meritória, que a perícia seria nula, por não ter a "suposta" vítima apresentado o original para a perícia. Ora, tal argumento é manifestamente improcedente. Não se pode exigir exatamente do ofendido algo que ele sequer possui. Tem-se ainda que as peritas chegaram a uma conclusão absolutamente segura, mesmo realizando a perícia em uma cópia.

Em contra-razões, o Ministério Público argumenta que a utilização de cópia reprográfica não autenticada não teria o condão de causar dano à fé pública, que é o bem jurídico tutelado pelo art. 298 do Código Penal.

Com a devida vênia, não assiste razão ao entendimento ministerial.

A cópia acostada à fl. 41 é capaz de ofender a fé pública. *In casu*, seria um despropósito exigir um documento original, já que, conforme dito, é bem provável que não exista original.

Chama a atenção como a assinatura (falsa) contida no documento de fls. 41 é semelhante à assinatura da vítima, como se vê comparando-a com o material gráfico padrão acostado às fls. 176/179. Tal fato demonstra a possibilidade real de se enganar o *homo medius* e, conseqüentemente, de ofender a fé pública.

Invoco o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Não tendo sido grosseira a falsificação, já que guarda semelhança com a verdadeira assinatura da vítima e foi hábil a enganar a capacidade objetiva do homem comum, configura-se o delito do art. 298 do CP (TJSP - AC - Rel. Octávio Stucchi - *RT*, 405/116).

A defesa pugna pela absorção do falso pela apropriação indébita.

As condutas realizadas pela ré (apropriação e falsificação) não permitem a aplicação do princípio da consunção, eis que se revelaram absolutamente autônomas. Isso porque a falsificação do documento de fls. 41 não fez parte do *modus operandi* da apropriação, já que não visava a vantagem patrimonial, mas apenas evitar a responsabilidade criminal. Nesse sentido:

> Concurso aparente de normas: não há consunção entre a apropriação indébita e a falsificação de quitação atribuída à lesada, com o fim de servir à defesa do agente (STF - *HC* 68.132-DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - julgamento em 02.10.1990 - *DJ* de 09.11.1990, p. 12.728).
>
> Falsificação de documento particular - Pretendida existência de crime-meio para o cometimento da apropriação indébita - Inadmissibilidade - Hipótese de concurso de infrações - Quem, para encobrir crime patrimonial praticado, comete falsidade documental, incorre em concurso de infrações (concurso material) (TJSP - AC - Rel. Acácio Rebouças - *RT*, 481/307).

Assim, mantém-se a condenação pelo crime previsto no art. 298 do Código Penal.

Passo a analisar as teses subsidiárias da defesa, relativas à aplicação da pena.

As penas-base foram fixadas em patamar ligeiramente acima dos mínimos legais cominados, em *quantum* suficiente e necessário para a reprovação e prevenção dos crimes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Tenho que a agravante da reincidência não restou caracterizada, em consonância com as manifestações ministeriais em primeira e segunda instâncias.

O aditamento de fls. 167 imputa à apelante a prática dos crimes de apropriação indébita e de falsificação de documento particular, que foram cometidos no mês de maio de 1999.

Ocorre que, pela certidão de fls. 274, o trânsito em julgado do outro crime cometido pela acusada ocorreu apenas em 29.11.2002, ou seja, mais de três anos após a prática dos crimes ora em julgamento.

Necessário, portanto, proceder a pequena alteração na aplicação das sanções penais.

Pelas razões já expostas, mantém-se a pena-base da apropriação indébita em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, inexistindo circunstâncias atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Aplicando-se a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 168 do CP, concretiza-se a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

No tocante à falsificação de documento particular, fica mantida a pena-base em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Inexistem atenuantes ou agravantes a serem consideradas e, da mesma forma, causas de diminuição e aumento, razão pela qual fica a pena-base concretizada como definitiva.

Tendo em vista tratar-se de concurso material de crimes, fica a apelante condenada à pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 46 (quarenta e seis) dias-multa.

Nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, fixo o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, considerando que a acusada não é reincidente e que a sanção penal foi aplicada em patamar inferior a quatro anos.

Mantenho o valor unitário do dia-multa fixado na decisão monocrática, ou seja, em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, com as devidas correções.

Apesar de possuir uma condenação anterior também pelo delito de apropriação indébita (certidão de fls. 274), a apelante não é reincidente. Registre-se ainda que foi condenada a pena inferior a 04 (quatro) anos, por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Com tais considerações, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, à razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, CP), em condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução; e prestação pecuniária, desde já fixada em 10 (dez) salários mínimos em favor da vítima, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Pelo exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento parcial ao apelo, apenas para decotar a agravante da reincidência, para fixar o regime aberto e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - DECRETO BASEADO EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA - DESFAZIMENTO DA DECISÃO - RETOMADA DA AÇÃO PENAL - RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO - INOCORRÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Se a extinção da punibilidade do réu foi decretada com base em certidão de óbito falsa, o desfazimento da decisão é de rigor, devendo, por conseguinte, ser retomada a ação penal, bem como determinado o recolhimento do acusado à prisão. Nessa hipótese, não há falar-se em ofensa à coisa julgada, sendo de se denegar a ordem de *habeas corpus* que objetiva o trancamento da ação penal e a revogação da prisão preventiva decretada.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.400295-6/000 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Homicídio qualificado - Pedido de trancamento da ação penal e revogação da prisão preventiva - Extinção da punibilidade pela morte do agente - Trânsito em julgado - Certidão de óbito falsa - Liminar indeferida - Inocorrência de ofensa à coisa julgada - Ordem denegada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Artur Gonzaga da Costa.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo ilustre advogado, Arthur Gonzaga da Costa, em favor de Florismar Viana Barbosa, objetivando o trancamento da ação penal retomada contra o paciente, bem como a revogação do decreto de prisão preventiva.

Argumenta que o Magistrado não poderia ter tornado sem efeito o trânsito em julgado da decisão que julgou extinta a punibilidade por falecimento do réu, mesmo se constatado, como foi, que a causa de extinção da punibilidade se deu com base em falsa certidão de óbito.

Indeferida a liminar pela Des.ª Jane Silva, na Câmara Especial de Férias, a indigitada autoridade coatora prestou as informações de fls. 233/341.

Em seu parecer de fls. 460/467-TJ, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do ilustre Procurador Renato Martins Jacob, pela denegação da ordem.

Em síntese, é o relatório.

O paciente foi preso em flagrante, em 1º.01.1987, pela prática de duplo homicídio qualificado, um consumado e outro tentado. Após pronunciado, aguardou o julgamento em liberdade. Em maio de 1996, em face de certidão de óbito (fls. 432-TJ), o Juiz decretou a extinção da punibilidade, certidão esta que se provou falsa, porquanto, em julho de 2003, foi preso em Sorocaba-SP, onde atuava como empresário no ramo de baterias.

O impetrante alega que a retomada da ação penal, que embasou a prisão, configurou ofensa à coisa julgada. Ora, não se pode fazer uso da coisa julgada para legitimar uma decisão que se fundamentou em prova material falsa. Impossível não imaginar que a certidão de óbito, sabidamente falsa, não foi obtida e utilizada de má-fé. Ademais, como bem observou o douto Procurador de Justiça, é de se evocar o princípio geral de direito, segundo o qual não pode o acusado se valer da própria torpeza em benefício próprio.

> Extinção da punibilidade - Morte do agente - Equívoco da decisão - O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada. *Habeas corpus* indeferido (STF - *HC*, 60.095-6/RJ - Rel. Rafael Mayer - *DJU* de 17.12.82, p. 13.203).

Assim, falsa a certidão, impõe-se a revogação da extinção da punibilidade decretada e a conseqüente retomada da ação penal, bem como, por óbvio, o recolhimento do acusado à prisão.

Diante do exposto e inexistindo constrangimento sanável pela estreita via do *writ*, denego a ordem.

Custas, *nihil*.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Peço vista.

Súmula - APÓS VOTAREM O RELATOR E A 1ª VOGAL, DENEGANDO A ORDEM, PEDIU VISTA O DES. 2º VOGAL.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Presidente (Des.ª Márcia Milanez) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.09.2003, a pedido do 2º Vogal, após votarem o Relator e a 1ª Vogal, denegando a ordem.

Com a palavra o Des. Sérgio Braga.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Pedi vista neste feito, porque pensava ter registro de voto proferido quando no Tribunal de Alçada, em caso semelhante, contudo não o localizei.

Entretanto, examinando a matéria, creio que, na verdade, diante de uma ação criminal, quando o juiz depara com um documento oficial noticiando a morte do réu, a decisão equivale a um arquivamento, pois não teria nenhum sentido o seguimento do feito.

Assim entendo, fica visível que o fato que determina esse arquivamento é a morte, que, se é falseada, se não é verdadeira, obviamente, implica que se desarquive e se dê continuidade ao feito.

Dito isso, entendo que no caso dos autos o fato concreto mostra que o pressuposto da decisão foi lançado de forma equivocada, isto é, o pressuposto que levou o Juiz a sua decisão, na verdade, era fruto de torpeza que, evidentemente, não pode beneficiar o requerente.

Com tais considerações, acompanho o voto do Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

RESISTÊNCIA - OPOSIÇÃO À ORDEM DE PRISÃO MEDIANTE VIOLÊNCIA - DELITO CARACTERIZADO - QUALIFICADORA DO § 1º DO ART. 329 DO CP - NÃO-CONFIGURAÇÃO - SANÇÃO COMINADA PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL SIMPLES - § 2º DO ART. 329 DO CÓDIGO PENAL - APLICABILIDADE - CRIME DE RESISTÊNCIA E DESACATO - INEXISTÊNCIA - CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - RÉU - CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME DOLOSO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - INDEFERIMENTO - CUSTAS PROCESSUAIS - CONDENAÇÃO - SUSPENSÃO DO PAGAMENTO - SÚMULA Nº 58 DO TJMG

- Fica configurado o crime de resistência, quando o agente se opõe à efetiva ordem de prisão legal, mediante violência, caracterizada por agressões físicas aos milicianos. Todavia, a qualificadora prevista no § 1º do art. 329 do CP deve ser afastada, se o acusado é preso e detido, executando-se regularmente o ato.

- Frente ao disposto no § 2º do art. 329 do Código Penal, deve-se punir a lesão corporal resultante da resistência em concurso material.

- O delito de resistência cometido pelo réu, ao opor-se à ordem de prisão, absorve os de desacato, de desobediência, de injúria ou de ameaça, quando praticados em um mesmo episódio, pois quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas morais ao executor da ordem, não havendo que se falar, portanto, em concurso material de delitos .

- Quando o crime é cometido com violência contra a pessoa, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Se o acusado possui condenação anterior com trânsito em julgado por crime doloso, indefere-se o pedido de suspensão condicional da pena, a teor do art. 77, I, do Código Penal.

- Nos termos do enunciado da Súmula nº 58 do TJMG, o juridicamente miserável não fica imune à condenação das custas do processo penal (art. 804 do CPP), mas o pagamento sujeita-se à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0281.02.001367-4/001 - Comarca de Guapé - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Apelação criminal - Resistência - Oposição a ato legal de funcionário público, mediante violência - Delito caracterizado - Aplicação da sanção cominada para o crime de lesão corporal simples - Inteligência do art. 329, § 2º, do Código Penal - Ausência de concurso material com o delito de desacato - Precedente - Pena aplicada em patamar exacerbado - Redução - Indeferimento do benefício da suspensão condicional da pena - Condenação nas custas processuais - Súmula Criminal nº 58 do TJMG - Recursos conhecidos e, no mérito, parcialmente providos.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS, À UNANIMIDADE

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Sidney Batista Fidélis da Costa, já qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, *caput*, art. 329, § 1º, e art. 331, todos do Código Penal, em concurso material.

Narra a exordial que o denunciado se envolveu em uma discussão de somenos importância com Glicério Batista Damasceno, que acionou a Polícia Militar. Em seguida, o acusado acabou desacatando os milicianos, proferindo expressões como: "cachorros, cambadas, bundões, etc.", momento em que lhe foi dada voz de prisão. Sidney acabou resistindo a tal ato, causando lesões corporais em um policial, conseguindo por fim evadir-se do local (fl. 02).

Ao final de regular instrução, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, sendo o réu condenado nas sanções do art. 329, *caput*, CP, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto (fls. 67/78).

Inconformadas, apelam acusação e defesa (fls. 80 e 91).

Em suas razões, o Ministério Público bate-se pela condenação nos termos da denúncia (fls. 83/86). Já a defesa pugna pela absolvição e, subsidiariamente, pela suspensão condicional da pena e pela "assistência judiciária" (fls. 94/96).

Os recursos foram respondidos às fls. 87/88 e 98/100.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta- se pelo conhecimento dos recursos, pelo provimento do apelo ministerial e pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 105/111).

É, em síntese, o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Segundo a denúncia, o denunciado se envolveu em uma discussão de somenos importância com Glicério Batista Damasceno, que acionou a Polícia Militar. Em seguida, o acusado acabou desacatando os milicianos, proferindo palavras como: "cachorros, cambadas, bundões, etc.", momento em que lhe foi dada voz de prisão. Sidney acabou resistindo a tal ato, causando lesões corporais em um policial, conseguindo por fim evadir-se do local (fl. 02).

Analiso em primeiro lugar o apelo defensivo.

O delito de resistência restou devidamente caracterizado, como se vê do relato feito pelo militar Anderson Gregório Evaristo, em juízo (fl. 37):

> ... quando chegou ao local o acusado já estava do lado de fora da casa portando um facão nas mãos; (...) a PM deu voz de prisão ao acusado; o declarante e Nilson, após o acusado ter resistido à ordem de prisão, tentaram prendê-lo; que o acusado conseguiu sair das mãos dos policiais e adentrou à residência dele; quando o declarante estava de costas para a casa e seguia para a viatura onde iria buscar reforço, o acusado arremessou uma fita VHS em direção ao declarante, que o acertou no pescoço do declarante; o acusado adentrou novamente à casa e os policiais saíram em busca de reforço...

Sendo assim, não há falar que os militares ingressaram na residência do acusado à noite, sem mandado, deixando-o acuado e com medo.

O depoimento prestado em contraditório pela testemunha compromissada João Vitor Soares, de profissão pedreiro, corrobora a versão do miliciano (fl. 40):

> ... o depoente entendeu claramente o que estava acontecendo no local, ou seja, a polícia militar querendo prender e o acusado resistindo à ordem de prisão...

No mesmo sentido, tem-se ainda o boletim de ocorrência de fl. 08 e o auto de resistência de fl. 09.

O próprio acusado chega a confessar que se recusou a acompanhar os militares até a Delegacia de Polícia (fl. 31).

Já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal - Resistência - Oposição efetiva à ordem de prisão legal emanada de policiais militares - Inexistência de mero ato de indisciplina - Réu que, ademais, dirige palavras ofensivas aos milicianos - Provas maciças nesse sentido - Delito configurado - Condenação decretada - Recurso ministerial provido (Apelação Criminal nº 1.0000.00.271201-6/000 - Rel. Des. Sérgio Resende - julgamento em 1º.08.2002, publicação em 27.08.2002).

Passo a examinar o apelo ministerial.

A circunstância qualificadora prevista no § 1º do art. 329 do CP não restou caracterizada. Segundo o militar Anderson Gregório:

> os policiais saíram em busca de reforço; o comando de operação da PM comunicou ao declarante que o acusado já estava na porta da Delegacia de Polícia local... (fl. 37).

Portanto, conforme muito bem registrado pelo ilustre Julgador monocrático às fls. 70/71, "*a despeito de a resistência oferecida, o acusado foi preso e detido pela polícia, executando-se regularmente o ato*".

Assiste razão ao Ministério Público ao pugnar pela aplicação das sanções previstas no art. 129 do CP.

Ao tratar da resistência, o Código foi expresso, como se vê da leitura do art. 329, § 2º, CP:

"*§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência*".

Neste sentido:

> Pune-se a lesão corporal decorrente da resistência em concurso material, frente ao que dispõe o § 2º do art. 329 do CP (TAMG - AC - Rel. Gudesteu Biber - *RT*, 601/381).

In casu, as lesões restaram comprovadas pelas já mencionadas declarações de fl. 37, pelo exame de corpo de delito (fl. 10), pela representação de fl. 13 e ainda pela própria confissão do acusado: "... apanhou uma fita de vídeo cassete, atirando-a na direção do policial Gregório, que acertou o referido policial" (fl. 31).

Contudo, não vejo como considerar o concurso material entre a resistência e o desacato. Isso porque o delito de resistência absorve os de desacato, desobediência, injúria ou ameaça quando praticados em um mesmo episódio, pois, como é natural, quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas morais ao executor da ordem.

Invoco o seguinte precedente jurisprudencial:

> Resistência - Desacato - Ações praticadas no mesmo episódio - Concurso material de delitos - Inocorrência. - O delito de resistência absorve os de desacato, desobediência, injúria, quando praticados em um mesmo episódio, pois, como é natural, quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas morais ao executor da ordem. Recursos conhecidos e parcialmente providos (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0000.00.271201-6/000 - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - julgamento em 19.02.2002, publicação em 22.02.2002).

No mesmo sentido: *RT*, 680/369.

Este é o caso dos autos. Num só contexto fático, o réu investiu contra o policial militar com o objetivo único de evitar a prisão, agredindo-o moralmente com palavras de baixíssimo calão e também fisicamente, obrigando-o a convocar reforço policial para conter o tumulto e restabelecer a ordem.

Passo à aplicação da pena dos delitos previstos no art. 129, *caput*, e art. 329, *caput*, ambos do Código Penal. Todavia, registro ainda que, apesar de a defesa técnica não questionar o *quantum* da pena aplicada, tenho que o MM. Juiz de Direito *a quo* analisou de forma exacerbada as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Vejamos.

A culpabilidade é normal para os delitos em apreço, nada havendo nos autos capaz de valorá-la como desfavorável ao réu.

O acusado possui condenações com trânsito em julgado anterior e posterior aos fatos *sub judice* (fls. 47 e 49). Entretanto, o MM. Juiz de Direito *a quo* considerou tais condenações apenas como antecedentes, deixando de valorar a reincidência constatada à fl. 47 como agravante.

Ocorre que tal fato não foi contestado pelo ilustre representante do *Parquet* ao oferecer suas razões recursais (fls. 83/86). Sendo assim, vedada a *reformatio in pejus*, considero os antecedentes como desfavoráveis ao réu, não os aproveitando para efeito de reincidência.

Há ainda outras circunstâncias apontadas como desfavoráveis na r. decisão monocrática, sendo que nada há nos autos capaz de comprovar tal conclusão. Os motivos do crime e o comportamento da vítima são inerentes ao tipo penal.

Com base em tal análise, considerando especialmente os antecedentes, fixo a pena-base da resistência em 05 (meses) meses de detenção e, no tocante à lesão corporal, em 04 (quatro) meses de detenção, quantia necessária e suficiente para reprovação e prevenção dos crimes.

Considerando a atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas para 04 (quatro) meses e 03 (três) meses e 10 (dez) dias de detenção, quanto à resistência e à lesão corporal, respectivamente, obedecendo assim ao princípio da proporcionalidade.

À míngua de outras circunstâncias modificadoras, torno tal *quantum* definitivo.

Por fim, considerando o cúmulo material, fica a pena consolidada em 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto.

O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista a ocorrência de violência contra a pessoa.

Mantenho o indeferimento da suspensão condicional da pena, eis que o acusado possui condenação anterior com trânsito em julgado (art. 77, I, do CP).

Com relação ao pleito de "assistência judiciária", não assiste razão à defesa, nos termos do enunciado da Súmula Criminal nº 58 deste eg. Sodalício, que dispõe:

> 58 - O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50.

Pelo exposto, dou provimento parcial a ambos os apelos, tão-somente para aplicar a pena relativa à lesão corporal e para reduzir a sanção do delito de resistência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

PRISÃO PREVENTIVA - DECRETO POR DESPACHO SUMARÍSSIMO MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL - DESACOMPANHAMENTO DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL - ILEGALIDADE - *HABEAS CORPUS* - ORDEM CONCEDIDA

- A teor do art. 311 do CPP, a prisão preventiva somente pode ser decretada no bojo do inquérito ou dos autos de ação penal, quando presentes os requisitos legais, devendo a decisão estar devidamente fundamentada. É ilegal a prisão preventiva decretada por despacho sumaríssimo, mediante representação da autoridade policial, desacompanhado de qualquer elemento de convicção, antes mesmo da instauração do competente inquérito policial.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.404545-0/000 - Comarca de Passos - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Tentativa de homicídio qualificado - Prisão preventiva decretada por despacho sumaríssimo, mediante representação da Polícia Militar, desacompanhado de qualquer elemento de convicção, antes mesmo da instauração do competente inquérito policial - Ilegalidade caracterizada - Ordem concedida.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias 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 E DETERMINAR EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2004. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - Trata a espécie de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcos Daniel da Silva, preso preventivamente em 07 de dezembro de 2003 pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e III, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante ser ilegal a sua prisão preventiva, tendo em vista que o inquérito policial ainda não tinha sido instaurado quando a MM.ª Juíza a decretou, mediante representação da autoridade policial.

Dessa forma, impetra a presente ordem, objetivando que seja o paciente colocado em liberdade, relaxando-se a prisão ou, alternativamente, concedendo a liberdade provisória, através da expedição de alvará de soltura.

Indeferida a liminar postulada, a autoridade acoimada como coatora prestou as informações necessárias, e a douta Procuradoria de Justiça opinou por denegar a ordem.

No essencial, é o relatório.

Passo a decidir.

Como se vê nos autos, atendendo à representação da Polícia Militar, que investigava possível envolvimento do paciente em crime de homicídio tentado, ocorrido na Comarca de Passos, antes mesmo da instauração do competente inquérito policial, a MM.ª Juíza houve por bem decretar a prisão preventiva do suplicante.

Verifica-se que o decreto prisional, constante de fl. 28, não se reveste da necessária legalidade.

Com efeito, dispõe o art. 311 do CPP que a prisão preventiva somente pode ser decretada no bojo do inquérito ou dos autos de ação penal, isto porque, por se tratar de uma medida de exceção, apenas pode ser adotada ante a presença dos fundamentos legais, quais sejam, prova da materialidade, indícios da autoria e mediante comprovada necessidade, isto é , para garantia da ordem pública, econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, ou seja, em face de elementos mínimos de convicção capazes de lhe dar suporte.

Pois bem, no caso, houve o atropelo de todos esses requisitos, e, como se constata, a decisão nem sequer está devidamente motivada, sendo, portanto, absolutamente ilegal.

Em caso semelhante, já se decidiu que:

> A prisão preventiva há de ser decretada no bojo do inquérito ou dos autos da ação penal. Nunca por despacho sumaríssimo lançado em ofício da Delegacia de Polícia, desacompanhado de qualquer elemento de convicção (*RT*, 524/321).

Isso posto, concedo a ordem, para o fim de relaxar a prisão preventiva, determinando a expedição do competente alvará de soltura, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver preso.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM E DETERMINARAM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

-:::-

COMPETÊNCIA CRIMINAL - TRÁFICO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - PRISÃO DE RÉU QUE DESENCADEOU A PRISÃO DE CO-RÉUS EM COMARCA VIZINHA - CONCORRÊNCIA DE JUÍZES IGUALMENTE COMPETENTES - COMPETÊNCIA ESTABELECIDA POR PREVENÇÃO - IRREGULARIDADES - PREJUÍZO NÃO PROVADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA - *HABEAS CORPUS* - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Tratando-se de infração permanente, praticada em dois ou mais lugares, a competência se estabelece pela prevenção do juiz que primeiro atuou no processo, a teor do art. 71 do Código de Processo Penal.

- Se as alegações do réu configuram meras irregularidades que não trazem efetivo prejuízo à defesa, não há que falar em constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.401648-5/000 - Comarca de Santa Vitória - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Tráfico e formação de quadrilha - Prisão de co-réu na Comarca de Santa Vitória que desencadeou a dos demais na Comarca de Ituiutaba - Concorrência de juízes igualmente competentes - Magistrado da Comarca de Santa Vitória que primeiro praticou ato relativo ao processo - Competência firmada pela prevenção - Coação ilegal inexistente - Ordem denegada.

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, 30 de outubro de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos pacientes, o Dr. Otaviano José da Silveira.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Túlio Régis Franco, Pedro Carvalho da Silva, Carlos Belmiro de Freitas e Marco Túlio de Freitas, onde se busca a anulação do processo a que respondem pela prática dos crimes descritos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 à alegação de incompetência da autoridade coatora.

Sustenta-se que, presos em flagrante os pacientes na Comarca de Ituiutaba, não poderiam ver-se processados em comarca diversa.

Apontam, mais, inversão tumultuária do processo por haver o MM. Juiz *a quo* determinado a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunha antes mesmo do recebimento da denúncia.

Por fim, sustentam irregularidade na designação da audiência dos pacientes para além do prazo legal.

A liminar pleiteada foi indeferida nos termos do despacho de fls. 214.

Instada, prestou a digna autoridade dita coatora as informações de fls. 216/218.

Em parecer juntado às fls. 252/257, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento do pedido.

É o relatório do essencial.

Como se vê destes autos, após investigarem as ações de uma quadrilha dedicada ao tráfico de drogas na região do Triângulo Mineiro, policiais federais interceptaram o segundo paciente quando este acabara de transpor a divisa do Estado de Goiás com Minas Gerais, na Comarca de Santa Vitória.

Ao efetuar busca no veículo, acabaram por apreender aproximadamente 8,5 kg (oito quilos e meio) de cocaína escondida em seu diferencial.

Interrogado, este co-réu delatou os demais integrantes da quadrilha, que, de fato, foram presos em Ituiutaba, comarca vizinha.

Ora, segundo o art. 70 do CP, que estabelece o critério básico de fixação da competência - pelo lugar da infração -, tanto o Juízo da Comarca de Santa Vitória quanto o de Ituiutaba seriam competentes para dar curso à ação penal.

Conjugado com isto o critério do art. 71 do mesmo *Codex*, ao determinar o seqüestro dos bens do paciente Pedro, ficou prevento o Juízo da Comarca de Santa Vitória, que primeiro atuou no processo.

Não há, assim, que se falar em incompetência de juízo.

Quanto ao fato de ter sido determinada a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunha antes do recebimento da denúncia e a realização de interrogatório dos réus além do prazo legal, trata-se de meras irregularidades de ordem processual das quais nem um prejuízo resultou à defesa e, segundo jurisprudência proveniente do STJ:

> Processual Penal. Nulidade sem prejuízo. Inexistência. (...) Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, informativo do Título 'Das Nulidades', constante da lei processual penal (CPP, art. 563) (*RSTJ*, 17/383).

Destarte, ao não vislumbrar o propugnado constrangimento ilegal sanável pela via eleita, denego a ordem.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Ouvi atentamente a sustentação oral feita pelo ilustre advogado, examinei as peças que me foram encaminhadas e cheguei à conclusão do voto do Relator, pelo que peço vênia para subscrevê-lo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Acompanho a conclusão do eminente Relator.

Como é de conhecimento generalizado, o tráfico é crime de natureza permanente e, assim sendo, quando perpetrado em jurisdições diversas, sendo crime permanente, prevalece a jurisdição do que primeiro tomou conhecimento pelo instituto da prevenção. Então, não há nenhuma nulidade relativa à competência.

Quanto à nulidade pela inversão do procedimento, reservo-me para examiná-la no recurso de apelação, se esta vier a esta Corte.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.137/90 - SONEGAÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO DE DÍVIDAS - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - INOCORRÊNCIA - CRIME CONTINUADO - DOCUMENTOS FISCAIS PREENCHIDOS COM VALORES IRREAIS POR FUNCIONÁRIO DE EMPRESA - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-ADMINISTRADOR - OCORRÊNCIA

- A extinção da punibilidade pela prática de crime contra a ordem tributária ocorre somente se o pagamento do débito fiscal tiver sido realizado de forma integral antes do recebimento da denúncia. Assim, se a denúncia foi recebida antes de solvida a última parcela do débito fiscal, objeto de sonegação, não ocorrerá a extinção da pretensão punitiva do Estado.

- O agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 não está sujeito às regras do concurso material, mas sim da continuidade delitiva, principalmente se os atos de sonegação se prolongarem por período de tempo determinado.

- A alegação de que notas fiscais foram preenchidas por um funcionário da empresa com valores irreais, visando a redução de tributo, não exime o sócio-administrador da empresa de ser considerado o agente do crime contra a ordem tributária.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0000.00.328637-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Apelação criminal - Crime contra a ordem tributária - Inteligência da Lei 8.137/90 - Sonegação fiscal - Parcelamento de dívidas - Extinção da punibilidade - Inocorrência - Crime continuado. - Apenas o pagamento do débito fiscal realizado de modo integral e "antes" do recebimento da denúncia implica a extinção da pretensão punitiva do Estado. A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado. "O agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 não está sujeito às regras do concurso material, mas sim da continuidade delitiva, principalmente se os atos de sonegação se prolongarem em período de tempo determinado" (*RT*, 755/595). Recurso a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Tibagy Salles - Tratam os autos de recurso de apelação manejado por Luiz Fernão Dias de Figueiredo contra r. sentença proferida pelo Juizo de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público contra o apelante, por infração do disposto no art. 1o, I, II, III e IV, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do CP.

Consta dos autos que:

> nos períodos de janeiro e março de 1990, janeiro de 1991, março de 1991, abril de 1991, julho a outubro de 1991, fevereiro a outubro de 1992, março e dezembro de 1993 e janeiro a março de 1994, o denunciado Luiz Fernão Dias de Figueiredo, sócio-administrador da Empresa F. D. Comércio e Representação Ltda., atualmente denominada F. D. Comercial Ltda. [...], agindo em continuidade delitiva, suprimiu e reduziu o pagamento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, cobrado do consumidor final, mediante prática de diversas condutas, tais como: declarações falsas à Receita Estadual, lançamento de dados inexatos e omissão de operações em livros e documentos fiscais, além da emissão de documentos fiscais falsos (fl. 02).

Devidamente processado, o apelante foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 50 dias-multa no percentual mínimo previsto em lei, nos termos da r. sentença de fls. 753/755.

Em sede de razões recursais, exsurge o inconformismo do apelante que aduz a não-aplicação do Decreto Estadual 38.300 e dos arts. 5º e 150, § 6º, da Constituição da República, pretendendo, ao final, ser absolvido das imputações a que fora condenado.

As contra-razões ministeriais vieram em infirmação, todavia, acrescentando que a r. sentença está a carecer de algumas correções.

Manifestando-se em parecer do Dr. Vitor Henriques, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não-provimento do apelo aviado.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação oferecido preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos de conhecimento e admissibilidade, portanto, dele conheço.

Analisando atentamente os autos, pude verificar que razão não assiste ao apelante em suas argumentações evasivas, motivo pelo qual não prospera o pleito absolutório ora formulado.

O caso em exame refere-se à prática delitiva prevista no art. 1º da Lei 8.137/90, estatuto que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Trata-se, na verdade, de delito material - com resultado naturalístico necessário à sua consumação - e que exige dano, pois sua realização fica dependente da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma jurídica de direito penal.

Portanto, não se mostra suficiente, para fins de consumação delitiva, que o agente pratique condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90, mas, antes, que estas condutas realizadas ocasionem dano, seja ao interesse público de o Estado obter meios para a realização de suas atividades e/ou dano ao patrimônio (Tesouro), relacionado com a receita do Estado (cf. JESUS, Damásio de. *Crimes contra a Ordem Tributária*. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). São Paulo: RT, 2002. p. 428).

In casu, esse dano exigível restou sobejamente demonstrado, conforme se infere, principalmente, dos documentos de fls. 27/31 (levantamento contábil), bem como dos documentos de fls. 11/26, analisados à luz dos documentos fiscais de fls. 32/230 e dos documentos de fls. 232/280, bem assim da apuração do tributo constante dos documentos de fls. 288/398.

Frise-se, em seu interrogatório (fls. 568/569), o apelante assume a existência de notas fiscais com valores incoincidentes, no entanto, aduz que os aludidos documentos foram preenchidos por funcionário da empresa.

Ora, a tese evasiva não prospera, pois, na condição de sócio-administrador da empresa F. D. Comercial Ltda., o apelante é considerado agente do delito em comento, motivo pelo qual concluo que os elementos necessários à configuração desse delito material se fazem presentes.

Noutro giro, a defesa aduz que a r. sentença fustigada feriu frontalmente o Decreto Estadual 38.300/96 assim como a CR, em seus arts. 5º e 150, VI, § 3º. Razão melhor não lhe assiste ao direito.

Vejamos.

O Decreto Estadual 38.300/96 veio disciplinar o parcelamento de crédito tributário de que trata o art. 6º da Lei 12.282/96 (*in* Art. 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder parcelamento de crédito tributário vencido até 60 (sessenta) dias antes da data de publicação desta Lei, formalizado ou não, inclusive o inscrito em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança, em até 100 (cem) parcelas, observado o disposto na tabela constante no Anexo II desta Lei, desde que o interessado protocolize requerimento no prazo de 90 (noventa) dias contados da data de publicação desta Lei, acompanhado do comprovante do depósito inicial. § 1º - Para os efeitos do parcelamento, o crédito tributário será considerado monetariamente atualizado, observada a legislação específica. § 2º - O pedido de parcelamento implica a confissão irretratável do débito e expressa renúncia ou desistência de qualquer recurso, administrativo ou judicial, ou de ação judicial. § 3º - O parcelamento ficará automaticamente cancelado quando ocorrer atraso consecutivo de 2 (duas) parcelas por mais de 2 (duas) vezes, ou alternado por mais de 4 (quatro), hipótese em que o saldo remanescente será imediatamente inscrito na dívida ativa. § 4º - A conversão de parcelamento em curso para parcelamento nos termos e nas condições estabelecidas neste artigo levará em conta o número de parcelas pagas, com vistas ao enquadramento do sujeito passivo na faixa que houver escolhido), além de outras providências, todavia, o referido parcelamento não elide a figura delitiva, pois a seara criminal independe da administrativa).

O parcelamento da dívida refere-se ao âmbito administrativo - um favor governamental - e, por seu turno, a narrativa constante da denúncia alude à prática de crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, que se configura quando ocorrer supressão ou redução de tributo, mediante as condutas narradas nos incisos I a IV do aludido dispositivo legal.

Lado outro, não prospera a evasiva defensiva de que houve ofensa ao art. 5º da Constituição da República em decorrência de não ter sido dividido o montante resultante da ação fiscal em 60 parcelas,

> com o mesmo percentual redutor da multa conferido pelo Decreto Estadual n. 38.300 àqueles que dividem seus débitos em cem parcelas, benefício que, segundo entendimento esposado pelo apelante, lhe estaria ainda assegurado pelo art. 150, § 6º, da CF (fl. 786).

Ocorre que, sendo correto ou não o montante da dívida fiscal cobrada, ainda assim restou configurada a sonegação.

Com efeito, não há se falar em violação da Constituição, muito menos em direito individual, pois, *in casu*, a conduta do agente configurou crime.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já definiu que o pagamento do débito fiscal "antes" do recebimento da denúncia implica a extinção da pretensão punitiva do Estado.

> A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado (*HC* 76.978/RS - Rel. Min. Maurício Corrêa).

Nesse mesmo sentido: AgR. Inq. 1.169/DF - Rel. Min. Marco Aurélio e Inq. 1.028/RS - Rel. Min. Moreira Alves.

Dessa feita, não há se falar *in casu* em extinção da punibilidade.

Confirmando a prática delitiva, a testemunha Tânia Mara Alves Braga Maciel de Oliveira (fls. 558/559) mencionou o seguinte:

> (...) a fiscalização foi realizada na repartição fazendária sobre os documentos requisitados ao acusado o qual entregou os documentos na repartição fazendária. A F. D. Comercial Ltda. era uma empresa de médio porte. Não houve perícia documentoscópica, eis que o PTA baseou-se em procedimento conhecido por calçamento de notas fiscais. *Para essa averiguação foram sindicados os destinatários das notas fiscais de molde a obter-se a prova desse calçamento, isto é, valores lançados a menor na documentação da empresa; isto, na via fixa, aquela através da qual se calcula o ICMS.* Salvo melhor juízo, a finalidade do réu era a de reduzir imposto, declarando receita a menor (fls. 559).

Assim, conforme pondera a douta Procuradoria de Justiça,

> emerge dos autos que o apelante, visando a supressão e a redução da carga tributária pertinente ao ICMS devido pela empresa da qual sócio-administrador, registrou inúmeras operações fictícias entre janeiro/90 e março/94, prestando declarações falsas ao Fisco Estadual, lançando dados inexatos e omitindo outros tantos em sua escrita contábil, bem como emitindo outros tantos em sua escrita contábil, bem como emitindo notas fiscais falsas (fl. 785).

Por seu turno, quanto à continuidade delitiva, correta é a orientação colacionada pela douta Procuradoria de Justiça, oportunidade em que se consignou, *verbis:*

> O agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 não está sujeito às regras do concurso material, mas sim da continuidade delitiva, principalmente se os atos de sonegação se prolongarem em período de tempo determinado (*RT* 755/595).

No mesmo sentido: STF - *HC* 76.978/RS - Rel. Min. Maurício Corrêa.

Por fim, verifico que a pena foi corretamente fixada ao apelante, oportunidade em que se observou coerentemente o sistema trifásico, e, principalmente, a sua individualização, ficando definitivamente estabelecida em 2 anos e 6 meses de reclusão.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade nos termos da Lei 9.714/98, não vislumbro qualquer óbice seja ela realizada no Juízo de Execuções competente, conforme foi estabelecido na r. sentença fustigada.

Assim, considerando o teor dos argumentos expendidos, é que finalizo o voto, fazendo-o para acolher parecer ministerial e negar provimento ao recurso.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - PREFEITO - DENÚNCIA - REQUISITOS - OBEDIÊNCIA - RECEBIMENTO - FASE INICIAL - *IN DUBIO PRO SOCIETATE* - MINISTÉRIO PÚBLICO - OPORTUNIDADE DE PROVAR OS FATOS - ASSESSOR TÉCNICO - INCOMPETÊNCIA - EXCLUSÃO - NECESSIDADE

- Se a denúncia oferecida se encontra perfeita em todos os seus aspectos, descreve fatos que constituem crime, em tese, e que não se elidiram com o oferecimento da defesa preliminar, cabe ao Colegiado recebê-la.

- Na fase inicial do processo-crime de competência originária, prevalece o brocardo *in dubio pro societate*, outorgando-se ao Ministério Público a oportunidade de provar os fatos por ele articulados na denúncia, pois só através da instrução, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, os fatos poderão ser devidamente esclarecidos.

- Cabe privativamente ao Órgão Ministerial promover a ação penal pública, ainda mais em processo-crime de competência originária, cuja competência é do Procurador-Geral ou daquele a quem ele delegar poderes; assim, deve-se excluir da denúncia a assinatura de assessor técnico, eis que ele não detém a competência necessária para figurar no pólo ativo da lide.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 260.185-4/00 - Comarca de Lima Duarte - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Processo-crime de Competência originária - Prefeito municipal - Denúncia - Recebimento. - Se regularmente oferecida, contendo os requisitos do artigo 41 do CPP e não sendo o caso de rejeição (art. 43 do CPP) a denúncia deve ser recebida. "Na fase inicial do procedimento prevalece o brocardo *in dubio pro societate*, outorgando-se ao Ministério Público a oportunidade de provar os fatos por ele articulados na denúncia (...)". Denúncia que se recebe.

Acórdão

Vistos etc., acorda 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 RECEBER PARCIALMENTE A DENÚNCIA, EXCLUINDO DELA A ASSINATURA DO ASSESSOR TÉCNICO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2002. - DES. *Tibagy Salles* - Relator.

Notas taquigráficas

Apregoadas as partes, proferiu sustentação oral, pelo Ministério Público, o Dr. César Antônio Cossi, DD. Procurador de Justiça, e assistiu ao julgamento, pelo denunciado, a Dr.ª Maria Etelvina Câmara Santos.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Senhora Presidente. Ouvi a sustentação oral produzida pelo douto Procurador e, como lancei nos autos o relatório, vou abster-me da sua leitura, passando diretamente ao voto.

Com base no Procedimento Administrativo n. 234/01 (PJECP n. 1.836/01 - Procuradoria de Justiça Especializada em Crimes de Prefeitos Municipais), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo culto Promotor de Justiça Dr. Cristóvam Joaquim Fernandes Ramos Filho e pelo douto Procurador de Justiça, Dr. César Antônio Cossi, ofereceu denúncia contra Carlos Alberto Barros, Prefeito Municipal de Lima Duarte, qualificado nos autos do processo-crime de competência originária, por figurar como incurso nas sanções dos artigos 1º, I, do Decreto-lei 201/67 (1º fato), 89, *caput*, da Lei 8.666/93, c/c 71 do Código Penal (2º e 3º fatos), 89, *caput*, da Lei 8.666/93 (4º fato), 319 do Código Penal (5º fato) e artigo 1º, XIV, do Decreto-lei 201/67, todos na forma do artigo 69 do Código Penal (por cinco vezes).

A exordial acusatória fraciona-se em cinco partes, onde, em cada uma delas, narra detalhadamente a conduta delitiva do denunciado, que, resumidamente, consiste em:

a) O denunciado Carlos Alberto de Barros, em 1º.06.93, efetuou pagamentos em favor da empresa SOS Tratores, em quantia superior ao devido, para aquisição de peças de máquinas pertencentes ao Município de Lima Duarte.

b) No período compreendido entre 07.01.93 a 02.12.93, o denunciado realizou pagamentos refe-

rentes à aquisição de combustíveis sem observância dos comandos legais previstos na Lei 8.666/93.

c) Em 16.10.96, o denunciado autorizou o pagamento de R$ 5.720,00 (cinco mil setecentos e vinte reais) referentes à aquisição, sem a devida licitação, de floreiras e bancos de madeira para ornamentação de praças e logradouros.

d) No período de 25.04.01 a 19.06.01, o denunciado deixou de fornecer documentos e informações solicitados pela Câmara Municipal através de requisições e ofícios, sem qualquer justificativa plausível, dificultando, assim, o trabalho de fiscalização exercido pelo Legislativo Municipal.

e) Por fim, consta da denúncia que, no período compreendido entre as 10.01.94 a 18.06.96, em datas diversas, o Município de Lima Duarte firmou contratos administrativos com a empresa Casa Moreira Ltda. - empresa pertencente ao genro do Chefe do Executivo Municipal (ora denunciado) - relativos a licitações, modalidade convite, com infração ao disposto no artigo 32 da Lei Orgânica de Lima Duarte.

Com a denúncia, vieram os documentos de fls. 08/1.062.

Em infirmação óbvia, foi oferecida resposta preliminar à denúncia (fls. 1.072/1.078) e, juntamente, foram acostados os documentos de fls. 1.079/1.131.

Manifestando-se em parecer (fls. 1.139/1.144) da lavra do culto Promotor de Justiça, Dr. Cristóvam Joaquim F. Ramos Filho e do douto Procurador, Dr. César Antônio Cossi, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo recebimento da denúncia e o conseqüente prosseguimento da ação.

É, em síntese, o relatório.

A denúncia oferecida encontra-se perfeita em todos os seus aspectos, descreve fatos que constituem crime, em tese, fatos estes que não se elidiram com o oferecimento da defesa preliminar.

É entendimento pacífico neste egrégio Tribunal de Justiça, que se a denúncia estiver revestida de seus aspectos essenciais, além da narração do fato delituoso, só cabe ao Colegiado recebê-la.

In casu, verifica-se que os fatos narrados indicam a probabilidade de existência de crime praticado pelo Prefeito Municipal de Lima Duarte, Sr. Carlos Alberto Barros.

Acrescente-se que várias foram as condutas narradas e vários são os tipos aos quais o denunciado se afigura incurso.

Como já ponderei alhures, insta salientar que a denúncia preenche todos os requisitos formais para ser recebida, ou seja, contém a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e do crime, além do rol de testemunhas.

Lado outro, não há se falar em qualquer elemento que enseje a rejeição da denúncia, pois, conforme se constata, os fatos narrados constituem crimes, e não há, *prima facie*, qualquer elemento ensejador de extinção da punibilidade, além do que a parte é manifestamente legítima e os requisitos essenciais para o regular exercício do direito de ação se fazem presentes.

Com efeito, a denúncia deve ser recebida por preencher todos os requisitos legalmente exigidos.

Ademais, nesta fase inicial do procedimento deve prevalecer a máxima do *in dubio pro societate*, outorgando-se ao autor da ação penal, nas palavras do douto Desembargador Gudesteu Biber, "a oportunidade de robustecer suas provas no curso da ação criminal", pois, "só através da instrução, sob o manto do contraditório e ampla defesa, os fatos poderão ser devidamente esclarecidos" (PCCO nº 125.158-6).

Assim, sem qualquer adentramento ao mérito da questão, sob pena de incorrer em prejulgamento, é que finalizo o voto, fazendo-o para receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Se esse for o entendimento dos demais componentes da Câmara, publicado o v. acórdão, voltem-me os autos conclusos para os fins previstos nos artigos 7º e seguintes da Lei 8.038/90.

É como voto.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues (convocado) - Senhora Presidente. Constato nesta oportunidade que a denúncia oferecida pelo ilustre Procurador César Antônio Cossi, que se manifestou oralmente, pelo Promotor de Justiça Cristóvam Joaquim Fernandes Ramos Filho e pelo Assessor Técnico Nélio Costa Dutra Júnior, como é de conhecimento generalizado, sob o comando, salvo equívoco, do art. 129, § 1º, da Constituição Federal, determina que cabe privativamente ao Órgão Ministerial o acionamento e a agilização da ação penal pública.

Em situações que tais, tenho proclamado que constitui excrescência assessor técnico subscrever denúncia, ainda mais em processo-crime de competência originária, cuja competência é do Sr. Procurador-Geral, ou daquele a quem ele delegar poderes.

Assim sendo, com a devida vênia, invocando o art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal, para não reconhecer legitimidade ao assessor técnico, recebo parcialmente a denúncia, desconhecendo esta extravagante manifestação do assessor técnico.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Sr.ª Presidente, pela ordem.

Reformulo o meu voto para acompanhar o voto do Des. Herculano Rodrigues quanto ao recebimento parcial.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Sr.ª Presidente, pela ordem.

Também acompanho o Des. Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Sr.ª Presidente, pela ordem.

Também acompanho o Des. Herculano Rodrigues.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Acompanho o Des. Herculano Rodrigues.

Súmula - RECEBERAM PARCIALMENTE A DENÚNCIA, EXCLUINDO DELA A ASSINATURA DO ASSESSOR TÉCNICO, À UNANIMIDADE.

EXECUÇÃO PENAL - REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO - POSSIBILIDADE

- Deve ser concedida a remição da pena pelo estudo, tendo em vista que esta atividade se adequa perfeitamente à finalidade do instituto, que visa à ressocialização do condenado e sua integração na sociedade.

RECURSO DE AGRAVO Nº 1.0000.03.401430-8/001 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Agravo em execução - Remição da pena por estudo - Possibilidade - Recurso desprovido. - Deve ser concedida a remição da pena pelo estudo, tendo em vista que esta atividade se adequa perfeitamente à finalidade do instituto, que visa à ressocialização do condenado e sua integração na sociedade.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2003. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Trata-se de agravo de execução interposto pelo órgão ministerial contra a decisão que deferiu pedido de remição de pena por períodos de estudo.

Sustenta o Ministério Público do Estado de Minas Gerais que não há previsão legal para a concessão do benefício e que a lei federal vedou tal possibilidade quando permitiu remição por trabalho e autorizou apenas saídas temporárias para o estudo. Diz que não pode prevalecer a decisão, porque ilegal.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 09/12).

Foi mantida a decisão em juízo de retratação (fls. 13).

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não-provimento do recurso (fls. 16/22).

Conheço do recurso.

A Lei nº 7.210/84, em seu art. 126, *caput*, determina que "o condenado que cumpre a pena em

regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena".

Embora a lei não se refira, expressamente, ao estudo, tenho, *data venia* dos d. entendimentos em contrário, que outra não pode ser a interpretação do dispositivo legal, senão a de que, ao mencionar "trabalho", o legislador pretendeu incluir toda e qualquer atividade desenvolvida pelo detento e capaz de levá-lo à ressocialização.

Se o condenado, no estabelecimento prisional em que se encontra, tem acesso ao estudo, deve ser ele estimulado, por ser uma excelente e eficaz forma de prevenir delitos. É que, adquirindo conhecimento, o sentenciado adquire também qualificação profissional e tem maiores chances de encontrar opções outras que não a delinqüência para sua sobrevivência e de sua família.

A interpretação extensiva do art. 126 da LEP deve ser feita para se permitir a remição da pena pelo estudo, porque esta atividade se revela bastante adequada para a integração do sentenciado à sociedade.

Neste sentido já decidiu o STJ (REsp 445.942/RS; *DJ* data: 25.08.2003 p. 00352, Relator Min. Gilson Dipp):

> Criminal. REsp. Remição. Freqüência em aulas de alfabetização. Possibilidade. Interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execução Penal. Recurso desprovido.
>
> - I. A Lei de Execução Penal previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação.
>
> - II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo 'trabalho', para abarcar também o estudo, longe de afrontar o *caput* do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto.
>
> - III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe *in casu*, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade.
>
> - IV. Recurso desprovido.

Também o e. Des. Herculano Rodrigues, em decisão lapidar proferida quando do julgamento do Recurso de Agravo nº 174.312-9/00, manifestou-se no mesmo sentido, valendo transcrever a ementa do acórdão:

> Lei de Execução Penal. Remição da pena. Freqüência a curso de suplência. Possibilidade. - Deve ser concedida a remição da pena do condenado que comprove freqüência a curso de suplência, oferecido pelo estabelecimento prisional, desde que aferido o aproveitamento do condenado-estudante e de acordo com a carga horária do curso, seguindo-se os mesmos critérios da remição por dia trabalhado, pois a tanto não se opõe o sistema de execução penal pátrio.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL - RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO - REINCIDÊNCIA PELA PRÁTICA DE CRIME DIVERSO - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - POSSIBILIDADE

- É possível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo que o réu seja reincidente em crime doloso, se ficar constatado que a medida é socialmente recomendável e que a reincidência não se tenha operado pela prática do mesmo crime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 334.939-6/00 - Comarca de Mantena - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Apelação criminal - Porte ilegal de arma - Substituição da pena - Reincidência pela prática de crime diverso - Possibilidade de concessão do benefício - Recurso provido. - Embora seja o réu reincidente em crime doloso, é possível ter a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos, vez que não se trata de reincidência pela prática do mesmo crime e nada há a indicar que a medida não é socialmente recomendável.

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. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2003. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A sentença de fls. 82/85 julgou procedente a denúncia contra Gilclério Sabino Rosa como incurso nas sanções do art 10 da Lei 9.437/97, condenado-o à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Inconformado com a decisão que não autorizou a substituição da pena, insurge-se o réu pugnando pela concessão do benefício do art. 44 do CP (fls. 91/94).

Contra-razões foram apresentadas, pelo provimento do recurso (fls. 95/100).

Houve manifestação da d. Procuradoria, opinando pelo desprovimento do apelo (fls.104/105).

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Requer o apelante a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Foi o réu condenado à pena de 2 anos de reclusão por porte ilegal de arma. Todavia, entendeu o MM. Juiz que não fazia jus à substituição da pena, por ser reincidente em crime doloso.

Embora para a concessão da substituição de pena seja necessário o preenchimento de todos os requisitos do art. 44 do CP, pode o juiz, mesmo observando a ausência do requisito subjetivo (ser o réu não reincidente em crime doloso), conceder a substituição, após verificar que a medida é socialmente recomendável e que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, § 3º, do CP).

Como não há nos autos nada que possa indicar não ser a medida socialmente recomendável, nem que a reincidência é específica (fls. 69) deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Vale ressaltar que a acusação opinou favoravelmente à substituição da pena de reclusão pela de prestação de serviços à comunidade.

Do exposto, dou provimento ao recurso e substituo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo, ficando a cargo do juiz da execução definir as entidades sociais a serem beneficiadas.

Comunicar.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. COMUNICAR.

-:::-

HABEAS CORPUS **- LIVRAMENTO CONDICIONAL - VIA INADEQUADA**

- O *habeas corpus* não é meio idôneo para se aferir a possibilidade de concessão do benefício de livramento condicional, por envolver exame profundo e valorativo da prova, notadamente quanto ao cumprimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetiva exigidos pela espécie, inviáveis de serem analisados no estreito âmbito do *writ*.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.03.403251-6/000 - Comarca de Ribeirão das Neves - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Livramento condicional. - O *habeas corpus* não é meio idôneo para se aferir a possibilidade de concessão do benefício de livramento condicional, por envolver exame profundo e valorativo da prova, notadamente quanto ao cumprimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetiva exigidos pela espécie, inviáveis de serem analisados no estreito âmbito do *writ*.

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, 02 de dezembro de 2003. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - Alexander Davidson Tomaz, condenado por infração aos arts. 12 e 16 da Lei 6.368/76, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, objetivando a concessão do livramento condicional.

Afirma o impetrante que já ultrapassou o limite de 2/3 de cumprimento da pena, fazendo jus ao benefício pleiteado.

A autoridade coatora prestou as informações solicitadas, e a douta Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem.

Decido.

Como é cediço, o *habeas corpus* não é meio idôneo para se aferir a possibilidade de concessão do benefício de livramento condicional, por envolver exame profundo e valorativo da prova, notadamente quanto ao cumprimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetiva exigidos pela espécie, inviáveis de serem analisados no estreito âmbito do *writ*.

Além do mais, como informou a douta autoridade apontada coatora, medidas estão sendo tomadas no sentido de agilizar o exame do pedido de livramento condicional formulado pelo impetrante.

Assim, não vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, sanável pela via do remédio heróico, e ainda acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, denego a ordem.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - REGULARIDADE - PACIENTE - PRISÃO EM FLAGRANTE COM EXPRESSIVA QUANTIDADE DE CDS FALSIFICADOS - REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA - MATERIALIDADE DO DELITO - INDÍCIOS DA AUTORIA - COMPROVAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DAS RAZÕES DE CAUTELA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - ORDEM DENEGADA**

- Nos termos do art.106, incisos I, letra *d*, e II, letra *h*, da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* impetrado por paciente preso em flagrante por prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, que comina pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão.

- Havendo uma testemunha presencial do delito, além do condutor, tendo a autoridade policial ouvido a testemunha de apresentação, não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante.

- Comprovada a materialidade do delito, havendo indícios da autoria, sendo o paciente reincidente específico e estando respondendo a outro inquérito policial também pelo mesmo crime, encontram-se presentes as razões de cautela, devendo ser mantida a prisão preventiva, como garantia da ordem pública.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.04.406565-4/000 - Comarca de Ubá - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Violação de direito autoral - Art. 184, § 2º, CP - Prisão em flagrante - Apreensão de expressiva quantidade de CDs supostamente falsificados - Ausência de irregularidade na lavratura do *apf* - Liberdade provisória - Paciente com reincidência específica, além de responder a outro inquérito também pelo mesmo delito - Presença de razões de cautela - Garantia da ordem pública - Precedentes - Ordem denegada.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2004. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - O ilustre advogado Marcelo Seno Marques, OAB/MG 56.037, impetra via *fax* a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Dionízio Fernandes de Lima, já qualificado, alegando estar o paciente sofrendo de constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ubá.

O impetrante afirma que o paciente foi preso em flagrante na data de 12.02.2004, pela suposta prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. Relata o defensor que, segundo consta dos autos, foram encontrados no veículo de Dionízio oitocentos e trinta CDs com suspeita de falsificação.

Requer a nulidade do auto de prisão em flagrante, alegando inobservância do art. 304 do CPP. Acrescenta o impetrante que não há razão de cautela capaz de ensejar a manutenção da prisão do paciente, pugnando pela concessão da ordem e a conseqüente expedição do alvará de soltura. Instruiu a impetração com as cópias de fls. 09/35.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 39.

Originais da impetração juntados às fls. 41/74

Informações solicitadas, foram prestadas às fls. 75/76, acompanhadas da documentação de fls. 77/90.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 91/93).

É o relatório dos autos.

Decide-se:

Preliminarmente, registro que é da competência deste eg. Tribunal de Justiça o julgamento do presente *habeas corpus*. O crime de violação de direito autoral previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, comina pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, o que enseja a competência deste eg. Sodalício, nos termos do art. 106, I, *d*, c/c art. 106, II, *h*, da Constituição Estadual.

Com a devida vênia do combativo impetrante, não há mácula alguma no auto de prisão em flagrante (acostado às fls. 77/80). Considerando a existência de apenas uma testemunha presencial do ocorrido (além do condutor), a ilustre autoridade policial entendeu com acerto que era o caso de ouvir uma testemunha de apresentação, o Sr. João Araújo de Andrade (fls. 79), o que encontra previsão legal no art. 304, § 2º, do CPP, conforme registrado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça. Portanto, inviável o relaxamento de flagrante pleiteado.

Passo a analisar o pedido de liberdade provisória com base no art. 310, parágrafo único, também do CPP, examinando se existem ou não os requisitos da prisão preventiva.

A materialidade está comprovada pelo auto de apreensão acostado à fl. 83.

Há indícios de autoria, como se vê dos depoimentos do condutor do *apf*, Edmar dos Santos, e da testemunha Fabrício Zanete Campos (fls. 77/78).

Segundo a certidão de antecedentes criminais do paciente (fls. 81), concluo que a custódia deve ser mantida como garantia da ordem pública, *data venia* da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

O paciente possui condenação anterior, já transitada em julgado, também pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. Portanto, é reincidente específico (Processo nº 69902016905-7, tendo o fato ocorrido em 08.02.2002).

Ademais, responde a outro inquérito policial, também pelo mesmo crime (Processo nº 69903023808-2, tendo o fato ocorrido, em tese, na data de 11.11.2002).

Por fim, o paciente já foi beneficiado em uma oportunidade com a suspensão condicional do processo, pela suposta prática de furto (Processo nº

69900006599-4, fato ocorrido, em tese, na data de 25.11.1999).

Diante de tal contexto, a liberdade do paciente certamente ameaçaria a ordem pública, razão pela qual agiu com acerto o MM. Juiz de Direito *a quo* ao indeferir a liberdade provisória em primeiro grau (fl. 90).

Invoco os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> ... tratando de reincidente, a custódia justifica-se na proteção da ordem pública, não havendo o que repor quanto à atuação jurisdicional preventiva (STJ - *RHC* 15.028/SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - julgamento em 02.12.2003 - *DJ* de 02.02.2004, p. 338 - ementa parcial).

> Encontra-se suficientemente fundamentada a decisão que indefere pedido de liberdade provisória, adotando como argumentos, as exaustivas considerações feitas pelo Ministério Público pugnando pela necessidade da medida, *mormente quando o réu possui péssimos antecedentes, além de ser reincidente*. Recurso desprovido (STJ - *RHC* 10.514/MG - Rel. Min. Jorge Scartezzini - julgamento em 15.02.2001 - *DJ* de 28.05.2001, p. 164 - ementa parcial, grifo nosso).

Duas observações finais: segundo a decisão monocrática,

a cópia da Carteira de Trabalho do requerente carreada à fl. 27 informa que o mesmo rompeu seu contrato de trabalho no mês de abril de 2001 (fls. 90).

Cópia da CTPS encontra-se à fl. 87 dos presentes autos.

Além disso, segundo informações de fls. 75/76, os autos do inquérito policial se encontram em poder do Ministério Público. Portanto, o feito ainda se encontra na fase inicial. Caso o ilustre Magistrado da Comarca de Ubá entenda que não se encontram presentes razões de cautela, no decorrer da tramitação processual, certamente concederá o benefício da liberdade provisória ao paciente.

Pelo exposto, denego a ordem.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - LEITURA POR INFORMANTE DE HOMENAGEM CONCEDIDA AO RÉU - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICO-DELITIVA - AFRONTA AO ART. 475 DO CPP - INOCORRÊNCIA - PENA - FIXAÇÃO - AGRAVANTE GENÉRICA - DECOTE - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

- A leitura, em plenário, de diploma concedido ao réu pela Câmara de Vereadores em depoimento de mero informante, inócuo a influenciar o Conselho de Sentença, não causa prejuízo à acusação, que alega surpresa da leitura, pois não se trata de documento atinente à situação fático-delitiva.

- Não há que se falar em decisão contrária às provas dos autos quando o veredicto popular acata uma das teses de julgamento, ainda que operada a desclassificação do delito pronunciado, quando o caderno processual assim o autorize, justificando-se a sua anulação tão-somente quando a decisão se revele arbitrária, como prescreve o art. 563 do CPP.

- A condenação do agente pela prática de homicídio culposo desautoriza a inserção de agravante genérica prevista no art. 61, II, *a*, do CP, alusiva ao motivo fútil, ante a incompatibilidade lógica residente entre ambas as figuras jurídicas.

- A constatação dos requisitos necessários à aplicação da suspensão condicional da pena conduz ao seu deferimento, competindo ao juízo da execução a exata fixação preliminar; e, no mérito, nega-se provimento ao apelo ministerial e dá-se parcial provimento ao apelo defensivo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 325.007-3/00 - Comarca de Viçosa - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Penal e Processual Penal - Júri - Nulidade - Documento - Leitura - Prejuízo - Ausência - Decisão contrária à prova dos autos - Desclassificação - Caderno processual - Jurados - Soberania - Pena - Fixação - Agravante genérica - Decote - Homicídio culposo - Suspensão condicional da pena. - A ausência de prejuízo à parte e que se prende à alegada surpresa de leitura de documento em depoimento de mero informante em plenário, inócuo a influenciar o Conselho de Sentença, desautoriza a decretação de nulidade do julgamento. Não ocorre decisão contrária à prova dos autos quando o soberano Tribunal Popular do Júri opta por tese defensiva deduzida em plenário. A condenação do agente pela prática de homicídio culposo desautoriza a inserção de agravante genérica alusiva ao motivo fútil, ante a incompatibilidade lógica residente entre ambas as figuras jurídicas. A constatação dos requisitos necessários à aplicação da suspensão condicional da pena conduz ao seu deferimento, competindo ao juízo da execução a exata fixação das condições de cumprimento do benefício. Recursos em que se rejeita preliminar e, no mérito, nega-se provimento ao apelo ministerial e dá-se parcial provimento ao apelo defensivo.

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 REJEITAR PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DEFENSIVO E NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de dois recursos de apelação manejados pelo Ministério Público e pelo réu Antônio de Castro Silva em cujas respectivas razões recursais (fls. 277/289 e 298/302) se insurgem contra a r. sentença proferida pelo douto Juiz-Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Viçosa, que, acatando a manifestação dos ilustres jurados, desclassificou o crime objeto da pronúncia - homicídio qualificado - para homicídio culposo, na modalidade de imprudência, aplicando-lhe a pena de dois anos e seis meses de detenção, em regime aberto, aos fundamentos externados às fls. 269/270.

O apelo ministerial suscita preliminar de nulidade posterior à pronúncia e que decorre da consulta a documento por uma testemunha, cujo depoimento trouxe a transcrição de seu inteiro conteúdo, e que indicava a honradez do réu, o que, no entendimento do *Parquet*, influenciou os jurados, que, assim, tiveram comprometido seu livre entendimento. A irregularidade é então apontada como vício insanável condutor da nulidade do julgamento, o que se requer.

O pedido meritório indica a prolação de decisão em contrariedade à prova dos autos, haja vista a inequívoca prática de homicídio qualificado, conforme se procura demonstrar via transcrição de trechos de relatos testemunhais, e que não alcançam a tese defensiva, reconhecida pelo douto Conselho de Sentença, e que se refere à desclassificação para homicídio culposo por imprudência, o que há de ser afastado com o pretendido provimento do recurso interposto.

O apelo defensivo reporta-se à denúncia, à sentença de pronúncia, à conduta fático-delitiva em que tais atos se basearam, e, então, indica o resultado do julgamento, por meio do qual se viu o réu condenado pela prática de homicídio culposo, por imprudência, e, assim, submetido ao cumprimento de uma pena de dois anos e seis meses de detenção.

O inconformismo recursal cinge-se à redução da pena imposta, visto que fixada em patamar acima do mínimo legal preconizado, como também ao pedido de decote da qualificadora do motivo fútil, não aplicável para as hipóteses de homicídio culposo e que com ele se revela incompatível, conforme procura demonstrar através da transcrição de arestos jurisprudenciais. Um último pedido, singelo, versa a aplicação da suspensão condicional da pena, ante a ocorrência dos pressupostos autorizadores da medida.

Os recursos foram respondidos, oportunidade em que se rebateram ambas as teses de defesa e acusação, cada uma das respostas pretendendo a negativa às pretensões deduzidas nos apelos.

A douta Procuradoria de Justiça, em basilar parecer da lavra da Dr.ª Regina Belgo, opina pelo conhecimento de ambos os recursos, provimento do apelo ministerial e prejudicialidade do recurso defensivo.

É, em síntese, o relatório.

Os apelos são tempestivos, próprios e foram regularmente processados, em virtude do que deles se conhece.

A análise do apelo ministerial conduz à rejeição da preliminar suscitada, como também à negativa de provimento ao pedido meritório.

A simples leitura da parte final do art. 475 do CPP e que se diz violado na peça de recurso, para fins de se alcançar a decretação da nulidade do julgamento, conduz à rejeição da tese acusatória. Eis a sua transcrição:

> Durante o julgamento, não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou *qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo* (grifos do voto).

O documento que se aponta como capaz de influenciar o Conselho de Sentença não é dotado dessa força, como se pretende fazer prevalecer no recurso ministerial.

Trata-se de um diploma, recebido pelo réu, em meados do ano de 1992, e que lhe foi concedido pela Câmara Municipal de Viçosa, oportunidade em que se lhe reconheceu a contribuição prestada àquela cidade, e que consta de trecho de depoimento da testemunha Rodrigo Oliveira Silva, fl. 258.

A conjugação do comando normativo, dito inobservado, com o documento, ainda que objeto de transcrição em trecho de depoimento prestado em plenário, não autoriza a nulidade pretendida e que se afasta por várias razões. Ei-las.

O conteúdo do documento não se inclui na previsão legal, vale dizer, seu teor nada alude à situação fático-delitiva deduzida perante o douto Corpo de Jurados, mormente quando os fatos ocorreram seis anos após a indicada homenagem.

A ilustre Promotora de Justiça, por ocasião da lavratura da ata da sessão de julgamento (fls. 246/248), limitou-se tão-somente a indicar a consulta ao documento, o que era prescindível, haja vista que o seu conteúdo foi inserido entre aspas no referido depoimento, a demonstrar que ele derivava de transcrição, lógica, de documento.

Ora, é cediço que qualquer irregularidade processual há de ser devida e oportunamente apontada, sob a forma de protesto, visando sempre à impugnação do malsinado ato. No presente feito, não se afere tal inconformismo, e que, se ocorrente, revela-se inócuo dada a fraqueza de efetivação concreta, vale dizer, ele demonstra um simples pedido do *Parquet*, para que se fizesse constar no termo a consulta a documento por parte de uma testemunha.

Outrossim, é de se notar que a referida testemunha, Rodrigo Oliveira Silva, filho do acusado, não foi compromissada ante tal ocorrência. Ele foi ouvido como mero informante, o que demonstra que seu depoimento é valorado sob reservas, haja vista a relação havida entre testemunha e acusado, respectivamente, filho e pai, não sendo crível que ele fizesse relatos prejudiciais ao réu, o que, portanto, afasta a suposta surpresa capaz de causar influências aos jurados, que tampouco se motivaram a fazer perguntas ao informante.

Nesse sentido:

> Leitura em plenário de documento estranho aos autos, mas de conteúdo impertinente, não enseja qualquer nulidade (TJRJ - AP - Rel. Vivalde Brandão Couto - *RT*, 550/346).

> A simples exibição, no plenário do Júri, de ficha com a anotação do comportamento da vítima não constitui motivo de nulidade do julgamento, ante a falta de prejuízo (TJSP - AP - Rel. Marino Falcão - *RT*, 550/301).

Por fim, não vislumbro a ocorrência de prejuízo considerável apto a conduzir à nulidade do julgamento, como prescreve o art. 563 do CPP, razão pela qual rejeito a preliminar.

No que tange ao mérito, a pretensão ministerial não tem como ser acolhida, haja vista não se aferir na r. decisão recorrida qualquer contrariedade às provas dos autos que desautorize o acolhimento da tese defensiva e que ensejou a desclassificação do delito objeto da pronúncia - homicídio qualificado, para homicídio culposo, na modalidade de imprudência.

Pois não há se falar em decisão contrária às provas dos autos quando o veredicto popular acata uma das teses de julgamento, ainda que operada a desclassificação do delito pronunciado, quando o caderno processual assim o autorize, justificando-se a sua anulação tão-somente quando a decisão se revele arbitrária.

Com efeito, o acusado, vendo-se ameaçado pela vítima, a quem creditava a invasão de imóvel contíguo à sua residência, fazendo barulhos, agredindo-o e postando-se como um ladrão, proferiu os disparos de arma de fogo que, embora não direcionados àquela, diretamente, atingiram-lhe o corpo e causaram-lhe lesões que culminaram em provocar-lhe o óbito.

A intenção do acusado não se revelou em pretender a morte da vítima, tanto que, num primeiro momento, preferiu acionar o comando policial militar, solicitando-lhes sua ação para que interviessem no caso, o que não ocorreu, ensejando a conduta imprudente do acusado. Assim, a despeito de não desejar tal ocorrência, lamentável, esse resultado era previsível, a impor-lhe o reconhecimento do crime de homicídio culposo, na modalidade de imprudência.

Vale ressaltar que, por ocasião do julgamento, o douto Conselho de Sentença considerou prescindível qualquer esclarecimento acerca da redação dos quesitos e da apreciação de todas as teses de defesa e de acusação, o que demonstra a inexistência de quaisquer dúvidas sobre a situação fático-delitiva submetida à sua apreciação.

Dessa forma, em face da soberania de que se acoberta o Tribunal Popular do Júri e quando a análise do conjunto probatório se revela correta e consentânea às provas dele derivadas, não há como se proceder ao reconhecimento de contrariedade da decisão proferida, tão-somente porque se preteriu uma das teses alegadas, *in casu*, a tese acusatória.

Neste sentido:

> *A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos*, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório (*RT*, 675/355).

> Ainda que se admita haja duas versões, ambas aceitáveis, a jurisprudência dominante é no sentido de que *o veredicto do tribunal popular deve ser acatado. A escolha por uma delas não corporifica uma decisão inteiramente contrária à prova dos autos* (TJMG - AP - Rel. Rubens Lacerda - *RT*, 607/354) (grifos nossos).

A reforma somente seria autorizada em caso de decisão manifestamente arbitrária, ao teor da Súmula de nº 29 desta 1ª Câmara Criminal:

> A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

Não é o caso dos autos, o que desautoriza o acolhimento das razões recursais, razão pela qual nego provimento ao apelo ministerial.

O recurso defensivo, apenas em dois de seus três pedidos está a merecer provimento, o que se realiza nesta instância revisora colegiada.

O primeiro deles e que se reporta à modificação da pena-base, haja vista a sua fixação em patamar superior ao mínimo legal, desautoriza acolhimento.

A pena-base mínima para o delito de homicídio culposo é de um a três anos, ao teor do disposto no § 3º do art. 121 do CP.

A fixação em patamar superior, e que importou a majoração em um ano - a pena foi determinada em dois anos de detenção -, não se revela em desconformidade com as normas legais, e que, inclusive, têm suporte em aresto jurisprudencial transcrito na própria peça recursal e que, assim, não conduzem à pretendida revisão.

Ora, o entendimento é que a pena deve tender para o mínimo legal, não se mostrando excessiva a reprimenda imposta entre a mínima e a máxima cominadas, e que, ante a análise coerente das condições judiciais, como procedida pelo Juiz-Presidente, desmerece alteração.

A razão do inconformismo recursal defensivo reside tão-somente na inclusão da agravante genérica prescrita no art. 61, II, a, do CP, e que se refere ao motivo fútil.

Ora, considerando-se que ao acusado foi imputada a prática de homicídio culposo, por imprudência, o reconhecimento dessa agravante é incompatível com o delito praticado, especialmente quando o acusado não pretendeu o resultado obtido, ainda que ele fosse previsível, como bem se revela em aresto jurisprudencial de lavra ilustre:

> Descabe a aplicação de agravantes genéricas nos crimes culposos, uma vez que o agente não deseja o resultado lesivo (TAMG - Apel. - j. em 17.12.1997 - Rel.ª Jane Silva - *RT*, 755/719).

Note-se, também, que o quesito de nº 41 (fl. 268), que se refere à agravante do motivo fútil, teve como prejudicada a resposta, por se revelar incompatível com a situação delitiva retratada nos autos.

Dessa forma, não poderia o Juiz-Presidente, por ocasião da fixação da pena, após a determinação de seu patamar inicial, majorá-la com a aplicação de agravante genérica, que se constitui pelo motivo fútil, haja vista a incompatibilidade lógica entre essa figura e o crime imputado ao agente, homicídio

culposo, em que, repita-se, inocorre a vontade de obter o resultado alcançado com a prática do delito.

Por conseguinte, há de ser decotada da pena imposta ao acusado tal circunstância agravante e que importou no acréscimo de seis meses à pena-base estabelecida, dois anos de detenção, e que, nesta instância revisora, torna-se definitiva nesse patamar, ante a inexistência de quaisquer outras causas de diminuição ou aumento, atenuantes ou agravantes incidentes sobre a reprimenda. A pena, então, resta fixada em dois anos de detenção, em regime aberto.

Quanto à pretensão de suspensão condicional da pena e considerando-se revista a pena imposta ao acusado, análise dos requisitos autorizadores do beneplácito e que estão dispostos nos incisos do art. 77 da lei adjetiva, ela está a merecer aplicação.

Inexiste nos autos certidão comprobatória de condenação do acusado pela prática de crime doloso, conforme dados constantes de sua folha de antecedentes criminais (fl. 64), bem como da r. decisão recorrida, que, por ocasião da análise de suas circunstâncias judiciais, assim o anotou, causa esta indicativa da observância do inciso II do art. 77 do CP, o mesmo ocorrendo para o inciso III, e que obstaculizou a aplicação de pena alternativa ante a prática do delito mediante violência contra a pessoa da vítima.

Assim, a ausência de óbices à aplicação do benefício conduz a sua efetivação, conforme preconizado em aresto jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal:

> Não mais se discute que, reunidos os requisitos legais, ao sentenciado, se deve conceder a suspensão condicional da pena (STF - *HC* - Rel. Eloy da Rocha - *RTJ*, 42/722).

Isso posto, tem-se como plausível e indicada, legalmente, a aplicação do *sursis*, o que venho a determinar, cabendo ao Juízo da execução, competente, a fixação das condições para o cumprimento do benefício.

Frente aos fundamentos expostos, finalizo o voto e rejeito preliminar, nego provimento ao apelo ministerial e dou parcial provimento ao apelo defensivo, nos exatos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DEFENSIVO E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS *A* E *C* - ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PAGAMENTO INDEVIDO DE HORAS EXTRAS A OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO - ACÓRDÃO QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR TRÊS ANOS DETERMINADA PELA SENTENÇA - ALEGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DE QUE NÃO HÁ POSSIBILIDADE DE EXCLUIR A SANÇÃO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA DAS SANÇÕES DO ART. 12, INCISO III, DA LEI Nº 8.429/92 - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA

- A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no art. 12 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.

- No particular, foram os ocupantes de cargo em comissão condenados pelo r. juízo sentenciante pela percepção de verbas pagas indevidamente por trabalhos extraordinários, bem como o ex-prefeito do município por deferir o pagamento de forma irregular. Nos termos da legislação municipal de regência, tais serviços somente seriam permitidos em hipóteses excepcionais e temporárias, condicionadas à autorização por escrito do superior imediato, que deverá justificar o fato, o que, *in casu*, não se deu.

- A sentença ordenou o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelos agentes públicos, respondendo pelo total do débito, solidariamente, o ex-prefeito, bem como a suspensão dos direitos políticos. O Tribunal, por sua vez, deu provimento em parte à apelação para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos.

- A imposição dessa última, efetivamente, seria medida desarrazoada, visto que, como ressaltou a Corte de origem, as provas dos autos demonstram a real prestação do serviço pelos réus e que a vantagem pecuniária obtida equivale apenas a R$ 4.023,72 (quatro mil e vinte e três reais e setenta e dois centavos) para cada um dos servidores, segundo cálculo realizado em novembro de 2000, a desautorizar a aplicação de sanção mais gravosa.

- Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

- Recurso especial não conhecido pela alínea *c* e conhecido, mas não provido, pela alínea *a*.

RECURSO ESPECIAL Nº 300.184-SP - Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Reinaldo Albertini e outros. Advogados: Ivone Wagna Marques Moreira e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso pela letra *c* e negar provimento pela letra *a*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 04 de setembro de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Franciulli Netto* - Relator.

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator) - Emerge dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de improbidade administrativa contra Reinaldo Albertini, João Carlos Amabile e Lauro Digiovani sob a alegação de que o

Superior Tribunal de Justiça

primeiro, ex-prefeito da Municipalidade de Regente Feijó-SP, havia realizado pagamentos indevidos de horas extras aos demais réus, então ocupantes dos cargos em comissão de Secretário e Assessor de Finanças e Orçamento da localidade, respectivamente.

Requereu o *Parquet*, na inicial, a condenação dos réus à restituição do prejuízo causado ao erário, à suspensão dos direitos políticos de cinco a dez anos, ao pagamento de multa civil de duas até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios de cinco a dez anos, na forma do artigo 12, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

A sentença, entretanto, considerou que "a conduta dos requeridos, o primeiro ao efetuar pagamentos e os demais ao recebê-los, se enquadra no disposto no artigo 11, I, da Lei nº 8.429/92, estando eles, além do ressarcimento do dano causado, sujeitos a outras sanções previstas na lei". Condenou os três réus, então, às seguintes sanções: a) reembolso pelos servidores das quantias que receberam indevidamente e, no total, solidariamente, Reinaldo, por ter autorizado os pagamentos; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, com base no artigo 12, inciso III, da lei federal mencionada; c) pagamentos de custas, despesas processuais e honorários no valor de 15% da condenação pecuniária (fl. 960).

A apelação, inicialmente julgada deserta (fl. 978-v.), foi posteriormente recebida por força de decisão em agravo de instrumento (fl. 1.019). Ao examinar o recurso, a colenda 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem lhe dar provimento em parte tão-somente para afastar da condenação a suspensão dos direitos políticos.

Eis a ementa do julgado:

> Ação civil pública. Pagamento de horas extras a ocupantes de cargos em comissão, autorizado pela legislação municipal. Vícios na forma da autorização e do pagamento. Ação procedente. Verba honorária devida (art. 18 da Lei 7.347/85). Recurso parcialmente provido para cancelar a suspensão dos direitos políticos (fl. 1.044).

Rejeitados os embargos de declaração, sobreveio o presente recurso especial, no qual aduz o Ministério Público estadual, em síntese, que:

> o v. acórdão recorrido, ao cancelar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos, restou violado o comando do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, violando também a *mens legislatoris* do citado preceito, que não autoriza a discricionariedade na aplicação da sanção, devendo ser interpretado o dispositivo com o teor do parágrafo único do mesmo artigo (fl. 1.069).

Aponta, outrossim, divergência jurisprudencial com julgado deste Sodalício, qual seja, o REsp nº 150.329-RS, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 05.04.1999, no qual restou consignado que "os atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas". Afirma o recorrente que o aresto chamado à colação "implica entendimento totalmente divergente da orientação do acórdão recorrido, pois este tratou de dar provimento ao apelo para, justamente, 'cancelar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos, cuja obrigatoriedade reconhece o acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça'".

Determinada a execução do julgado, foi realizado o cálculo de liqüidação, que, no dia 14 de novembro de 2000, apurou débito no valor de R$ 4.023,72 (quatro mil e vinte e três reais e setenta e dois centavos) para cada um dos réus (fls. 1.096/1.097).

Sem contra-razões (fl. 1.080).

A seguir, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso (fls 1.109/1.113).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator) - Cinge-se a discussão a averiguar se o r. *decisum* da Corte de origem, ao excluir da condenação dos réus a perda dos direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa, capitulado no artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, afrontou a regra inserta no inciso III do artigo 12 da mesma lei.

Dispõe o artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92 que:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
>
> (...) *omissis*.
>
> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição 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 seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A doutrina muito discutiu a respeito da aplicação cumulativa das sanções previstas na Lei de Improbidade, assegurada a autonomia das esferas penal, civil e administrativa.

Nos dias atuais, têm-se inclinado os autores no sentido da necessária aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade.

Entende-se, dessa forma, que, ao aplicar as sanções previstas na lei, até mesmo para decidir por sua cominação isolada ou conjunta, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.

Nessa linha de entendimento, pontifica MARCELO FIGUEIREDO, ao comentar a Lei de Improbidade Administrativa, que:

> Grave problema que a lei encerra é o seguinte: sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode 'discricionariamente' aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta de penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente (...). Tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou ato de improbidade em suas variadas formas.

E continua o autor:

> Mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal (*in Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 114/115).

No particular, foram os ocupantes de cargo em comissão condenados pelo r. Juízo sentenciante pela percepção de verbas por trabalhos extraordinários. Consoante restou consignado no r. voto condutor do acórdão recorrido, tais serviços somente são permitidos em hipóteses excepcionais e temporárias, condicionados à autorização por escrito do superior imediato, que deverá justificar o fato, o que, *in casu*, não se deu.

Por essa razão, a sentença ordenou o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelos agentes públicos, respondendo pelo total do débito, solidariamente, o ex-prefeito que autorizou os pagamentos, bem como a suspensão dos direitos políticos. Ordenou o Magistrado, outrossim, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos e pagamento de custas, despesas processuais e honorários no valor de 15% da condenação pecuniária (fl. 960).

O Tribunal, por sua vez, deu provimento em parte à apelação para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos, sob o fundamento de que:

> as justificativas invocadas nas razões do apelo jamais podiam levar à improcedência do pedido, mas servem para melhor adequação da penalidade, tendo em conta, principalmente, o trabalho em hora extra exercido pelos funcionários, como demonstra a prova, bem como, ao que parece, não terem sido de grande monta os pagamentos efetuados (fl. 1.045).

É de fácil inferência, pois, que a Corte *a quo* levou em consideração a peculiaridade do caso dos autos para arredar a condenação à suspensão dos direitos políticos, entendimento que em nada se pode censurar, *data venia* da alegação do Ministério Público estadual no sentido de que:

> discricionária é a forma e a gradação, efetivamente prevista no parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade. O *quantum* fica ao prudente arbítrio do juiz, que levará em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Todavia, defeso ao Judiciário se aplica ou não a penalidade (fl. 1.075).

Bem é de ver que a imposição da sanção de suspensão dos direitos políticos na hipótese em exame seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, as provas dos autos demonstram a efetiva prestação do serviço pelos réus. Além disso, a vantagem pecuniária obtida equivale apenas a R$ 4.023,72 para cada um dos servidores, segundo cálculo realizado em novembro de 2000, a desautorizar a aplicação de sanção mais gravosa.

Na mesma linha de entendimento, CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, ao enfrentar a questão da cumulatividade obrigatória das sanções *versus* a mitigação das mesmas, pondera que a interpretação literal do artigo 12 e incisos não parece a mais adequada, pois

> não podemos prescindir de uma interpretação sistêmica, que leve em consideração a aplicação de um princípio, também constitucional, implícito, que é o princípio da proporcionalidade (*in Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 75).

Mais adiante, o referido autor traz a lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, em sua obra *Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Editora Síntese, São Paulo, 1988, no sentido de que:

> há que se analisar o fato no contexto social e político, extraindo as conseqüências adequadas e proporcionais (...) 'A proporcionalidade não pode traduzir arbítrio judicial, bem como para a sua excepcionalidade, consistindo a mitigação das sanções da lei de improbidade administrativa no afastamento, para determinados casos, daquelas mais graves, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos' (*op. cit.*, p. 75/76).

Diversos outros autores compartilham desse modo de pensar, tais como Paulo Henrique dos Santos Lucon, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Francisco Octavio de Almeida Prado (cf. Carlos Frederico Brito dos Santos, *op. cit.*, p. 76/77).

De concluir, pois, que inexiste qualquer ofensa ao disposto no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, bem como não restou configurada a divergência jurisprudencial, visto que não há similitude fática entre os acórdãos confrontados.

É cediço que o êxito do recurso pelo fundamento da letra *c* requer que os precedentes cotejados tenham dado soluções jurídicas distintas para idênticas situações de fato.

Ante o exposto, não conheço do recurso pela alínea *c*, e conheço, mas lhe nego provimento, pela alínea *a*.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela letra *c* e negou provimento pela letra *a*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 04 de setembro de 2003. - *Bárdia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 03.11.2003.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - DEFENSORIA PÚBLICA - LITIGÂNCIA CONTRA O ESTADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- 1. Restando vencedora em demanda contra o Estado parte representada por defensor público, não há falar em condenação a honorários advocatícios, pois o credor - Defensoria Pública - é órgão do devedor - Estado - ocorrendo a causa extintiva das obrigações denominada confusão (CC/1916, art. 1.049; CC/2002, art. 381).

- 2. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 533.908-RS - Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Procuradores: Helmut Antônio Muller e outros. Recorrida: Irondina Franca Martini. Advogados: Cleomir de Oliveira Carrão - Defensor Público e outro.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, retificando decisão proferida em sessão do dia 23.9.2003, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de outubro de 2003. - *Ministro Teori Albino Zavascki* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça desse Estado em demanda objetivando o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento de grave enfermidade.

Referido acórdão acolheu o pedido, consignando, ainda, serem devidos honorários advocatícios ao vencedor, mesmo que representado por defensor público, pois "os honorários do defensor público pertencem à Defensoria Pública, revertendo ao Fundo de Aparelhamento da Defensoria, não sendo destinados à Fazenda Pública, ou seja, não integram os cofres públicos".

Em suas razões, o Estado do Rio Grande do Sul aduz ter sido violado o art. 1.049 do CC/1916. Argumenta, em síntese, que os honorários advocatícios nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública se destinam ao próprio Estado, ocorrendo, portanto, confusão entre credor e devedor.

Em contra-razões, a recorrida propugna pelo improvimento do apelo.

É o relatório. Peço dia.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator) - 1. A matéria contida no dispositivo legal alegadamente violado foi debatida no aresto atacado, revelando-se inequívoco o prequestionamento, de modo que se permite o conhecimento da irresignação pela alínea *a* do permissivo constitucional.

2. Há uma peculiaridade fundamental ao deslinde da controvérsia: a Defensoria Pública é órgão do Estado. Trata-se de instituição que compõe, ao lado de muitas outras, o Estado-membro enquanto pessoa jurídica de direito público interno, representando-o quanto à incumbência de prestar orientação jurídica e patrocinar a defesa dos necessitados, conforme previsto no art. 134 da Constituição. Assim, quando a Defensoria Pública pretende que o Estado lhe pague quantia a título de honorários advocatícios, tem-se, em última análise, o órgão de uma pessoa jurídica pleiteando crédito da mesma pessoa jurídica. Ineludível, pois, que credor e devedor se confundem na mesma pessoa, o que, no contexto jurídico, recebe o nome de confusão (CC/1916, art. 1.049; CC/2002, art. 381). Destarte, razão assiste à recorrente, sendo indevida a fixação de honorários advocatícios na hipótese.

Veja-se a respeito recente julgado da Primeira Turma desta Corte:

> Processual Civil - Honorários de advogado devidos pelo Estado à Defensoria Pública - Impossibilidade.
>
> - 1. A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão.
>
> - 2. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil.
>
> - 3. Recurso provido (REsp nº 469.662-RS, Min. Luiz Fux, *DJ* de 23.06.2003).

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para excluir a condenação à verba sucumbencial imposta à recorrente no acórdão recorrido. É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de setembro de 2003. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retificando decisão proferida em sessão do dia 23.9.2003, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 02 de outubro de 2003. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 10.11.2003.)

CRIMINAL - *HC* - DESAFORAMENTO INDEFERIDO - LEGALIDADE DO ACÓRDÃO - PARCIALIDADE DO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI - DEBATE TELEVISIVO E REUNIÃO PRÉVIA COM JURADOS - FATOS QUE NÃO BASTAM PARA JULGAR PROCEDENTE O DESAFORAMENTO, MAS QUE CONFIRMAM A PARCIALIDADE DO JUIZ - ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O AFASTAMENTO DO MAGISTRADO DA PRESIDÊNCIA DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

- I. Não há ilegalidade no indeferimento do pedido de desaforamento, se evidenciada a ausência dos pressupostos legais para tanto.

- II. Sobressai a parcialidade do juiz-presidente do Tribunal do Júri para a condução do julgamento do paciente, se evidenciado que o magistrado exarou manifestação prévia sobre um fato que seria levado a julgamento sob a sua presidência - tanto quando do debate televisivo, em que fez considerações sobre o paciente, quanto na oportunidade em que ressaltou aos jurados da causa detalhes do caso a ser levado a julgamento, possivelmente avançando na análise do fato criminoso.

- III. Se a presença de tais fatos não é o bastante para atestar a falta de isenção dos jurados e julgar procedente o pedido de desaforamento, o é para confirmar a parcialidade do juiz no julgamento do caso.

- IV. Ordem concedida para determinar o afastamento do Juiz José Armando Pinheiro da Silveira da presidência do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG.

HABEAS CORPUS Nº 25.416-MG - Relator: Ministro GILSON DIPP

Impetrantes: Clóvis Sahione e outro. Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Nelson de Almeida Pires.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem a fim de determinar o afastamento do Juiz José Armando Pinheiro da Silveira da presidência do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG". Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 7 de outubro de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Gilson Dipp* - Presidente e Relator.

Relatório

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, em sede de pedido de desaforamento, julgou-o improcedente, determinando que o julgamento do paciente fosse feito na Comarca de Juiz de Fora-MG.

A ementa do r. julgado tem o seguinte teor:

Ementa: Desaforamento. Art. 424 do CPP. Dúvida em relação à imparcialidade dos jurados. Manifestações populares defronte ao Fórum, quando da inquirição do réu. Inexistência de indicativo de quebra da imparcialidade, mas mero exercício do direito de cidadania em face do clima de impunidade. Informações no sentido de que o Corpo de Jurados é isento. Dúvida infundada. Pedido indeferido (fls. 31 e 83).

Em razões, a impetração pugna pelo reconhecimento da impossibilidade do julgamento do paciente ser presidido pelo MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG, alegando, em síntese, que o acórdão impugnado, ainda que reconhecendo que o Dr. José Armando Pinheiro da Silveira teria excedido nas suas manifestações públicas quanto ao crime de homicídio que será submetido à apreciação do Conselho de Sentença, principalmente na análise do fato criminoso, seja dando entrevistas na emissora de televisão, fazendo sobretudo considerações, seja reunindo os jurados para chamar atenção da importância do julgamento e também fazer comentários sobre o caso, tudo sem a presença da defesa, mas inexplicavelmente nada faz para coibir a presidência do julgamento (fl. 02).

A medida liminar foi deferida para determinar a suspensão do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, designado para o dia 18.11.02, até decisão final do *writ*.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Voto

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, em sede de pedido de desaforamento, julgou-o improcedente, determinando que o julgamento do paciente fosse feito na Comarca de Juiz de Fora-MG.

Em razões, a impetração pugna pelo reconhecimento da impossibilidade de o julgamento do paciente ser presidido pelo MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG, alegando, em síntese, que o acórdão impugnado, ainda que reconhecendo que o Dr. José Armando Pinheiro da Silveira teria excedido nas suas manifestações públicas quanto ao crime de homicídio que será submetido à apreciação do Conselho de Sentença, principalmente na análise do fato criminoso, seja dando entrevistas na emissora de televisão, fazendo sobretudo considerações, seja reunindo os jurados para chamar atenção da importância do julgamento e também fazer comentários sobre o caso, tudo sem a presença da defesa, mas inexplicavelmente nada faz para coibir a presidência do julgamento (fl. 02).

Em razões, a impetração esclarece que o paciente foi denunciado nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, em relação à vítima Rafael da Silva Cruz, e do art. 121, § 2º, incisos IV e V, do Código Penal, c/c o art. 14 do mesmo Diploma Legal, em relação à vítima Luiz Henrique Dias Leite, juntamente com outras pessoas.

Seguiu-se sentença de pronúncia, admitindo a acusação para submeter o paciente ao julgamento perante o Conselho de Sentença, tendo sido mantida a prisão preventiva anteriormente decretada. Contudo, em relação a este aspecto, esta Corte teria concedido ao paciente o direito de aguardar o seu julgamento em liberdade.

Designado o julgamento do paciente para o dia 10.10.01, no Tribunal do Júri de Juiz de Fora-MG, "fatos assombrosos e ilegais" teriam ocorrido naquela comarca, o que teria motivado a representação do desaforamento, devido à manifestação do MM. Juiz José Armando Pinheiro da Silveira na mídia local, eis que o mesmo teria comentado publicamente, em emissora de televisão, sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi concedida a ordem impetrada, permitindo que o paciente aguardasse em liberdade o seu julgamento. O r. Julgador ainda teria ressaltado, na mesma entrevista, que a sociedade de Juiz de Fora iria julgar o caso da morte de um irmão da Juíza (sua colega), adentrando a análise. Da mesma forma, teria reunido os jurados, uma semana antes da sessão (sem a presença da defesa, mas com a presença do Ministério Público) para comentar a difícil tarefa do julgamento do paciente.

Dessa forma, entendeu a impetração que estariam presentes os motivos para o deslocamento do julgamento do processo,

> em virtude das manifestações insofismáveis do Magistrado José Armando Pinheiro da Silveira, o que tecnicamente extrapolaria os efeitos da suspeição, mas sim alcançaria o instituto do desaforamento, diante do respeito e admiração alcançado pelo mesmo na sociedade de Juiz de Fora, ao longo dos anos como Presidente do Tribunal do Júri.

Entretanto, o eg. Tribunal *a quo* teria indeferido o pedido de desaforamento do julgamento do processo originário, entendendo que o caso seria

tecnicamente de suspeição, e não de deslocamento de competência.

O Tribunal, dessa forma, teria reconhecido o erro do Magistrado quanto à exposição do processo na mídia televisiva, o que iria de encontro aos ditames estabelecidos na Lei da Magistratura Nacional, sendo que, pior do que isso, teria chamado a atenção da comunidade para o julgamento da morte do irmão da Juíza, sua colega. Contudo, ainda que reconhecendo que o Magistrado ultrapassara os marcos legais, o desaforamento não foi deferido por motivação técnica - de que seria hipótese de suspeição, o que não comprometeria o Conselho de Sentença.

Segue, a impetração, argumentando que:

> jamais o MM. Juiz José Armando Pinheiro da Silveira poderia presidir os julgamentos do referido processo, pois a própria Segunda Câmara Criminal, diante dos fatos comprovados, entendeu que tecnicamente seria suspeição, mas inexplicavelmente a declarou, o que vai de encontro aos próprios fundamentos do acórdão (fl. 10).

A impetração ainda refere que o r. Magistrado ainda estaria a presidir julgamentos do processo, eis que presidiu o Júri do co-réu José Dionisio de Magalhães.

Merece prosperar a irresignação.

Como bem referido pela Subprocuradoria-Geral da República, o Código de Processo Penal, no seu art. 70, efetivamente estabelece a regra de que todo réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito a ele imputado. Contudo, há exceções à regra, eis que, nos termos do art. 424 do mesmo diploma legal, admite-se o desaforamento nos procedimentos do Júri, na hipótese de existência de interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do Júri, ou, ainda, sobre a segurança pessoal do réu - tudo visando à imparcialidade do julgamento.

Não obstante, para a alteração do foro de julgamento, os pressupostos legais devem restar devidamente comprovados.

Na hipótese, a impetração requereu o desaforamento sob a alegação, em suma, de que o Magistrado local teria influenciado a opinião dos jurados - por ter comparecido em um programa de televisão, comentando o caso a ser levado a julgamento, e por ter reunido os jurados, ressaltando peculiaridades do que iria ser levado a Júri Popular.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais indeferiu o pedido de desaforamento por entender que não haveria dados convincentes para se acolher o pedido, uma vez que baseado em meras conjecturas e em comportamento que tem sido comum em todas as grandes cidades, nas quais a atuação dos meios de comunicação social tem sido mais intensa, porém não bastando para justificar o desaforamento. Nesse sentido, confiram-se os seguintes trechos do acórdão impugnado:

> (...) A jurisprudência, como se vê, guarda simetria com as posições deste Tribunal, e, no caso, importa enfatizar que a Comarca sede do foro competente é Juiz de Fora, Município cosmopolita, considerado a 'Manchester Mineira', pela pujança de sua indústria e pela sua projeção como um dos mais importantes pólos de desenvolvimento cultural e industrial do País.
>
> Destarte, não há dados convincentes para se acolher o pedido, que se baseia em meras conjecturas e em comportamento que tem sido comum em todas as grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, e, na Cidade Maravilhosa, a atuação dessas organizações tem sido mais intensa, até mesmo com procura de convites para marcar presença nos julgamentos, como ocorrido nos últimos mais divulgados pela mídia. É o tributo que se paga pela manutenção do Tribunal do Júri, pois o julgamento técnico é menos infenso a essas influências perfeitamente previsíveis e, por isso, insuficientes para justificar o desaforamento (fl. 40).

Entretanto, o voto condutor ressalta, de forma expressa, a parcialidade do Julgador, no seguintes termos:

> (...) fiz referência às críticas que se lançavam em razão do fato de ser uma das vítimas irmão da Juíza e, nesta hipótese, está ela impedida de atuar no processo, mas se está a reconhecer o requerente que o Juiz se comprometeu em avançar na análise do fato criminoso, tal conduta não compromete o Conselho de Sentença, eis que se lança dúvida em relação à figura do Magistrado.
>
> Dúvida esta consistente, eis que S. Ex.ª teria, no início da sessão convocada em que seriam julgados os réus, acentuado que aquela sessão seria muito trabalhosa porque seriam julgados os dois réus, e nisso ele avançou na consideração, dando destaque especial aos dois julgamentos, fato que pode ensejar uma dúvida quanto à sua isenção para presidir o julgamento, dúvida que se agiganta diante do que se afirma e se constata, pois é verdade, que ele, também, teria participado de um debate na televisão em que fez considerações a respeito desse processo. Mas, a dúvida em relação à imparcialidade do juiz, a meu ver, não compromete o Conselho de Sentença (fls. 35/36).

Assim, convenço-me da parcialidade do Julgador de 1º grau para a condução do julgamento do paciente.

Inicialmente, pelas próprias conclusões do acórdão ora impugnado - o qual, ainda que entendendo não comprovado de que forma a opinião do Juiz teria influenciado os jurados, também ressaltou a parcialidade do Magistrado.

De outro lado, porque, pelo simples exame da controvérsia, não há como negar que o Magistrado exarou manifestação prévia sobre um fato que seria levado a julgamento sob a sua presidência - tanto quando do debate televisivo, em que fez considerações sobre o paciente, quanto na oportunidade em que ressaltou aos jurados da causa detalhes do caso a ser levado a julgamento, possivelmente avançando na análise do fato criminoso.

Nesse sentido, ainda acolho a promoção ministerial, que solucionou com precisão a controvérsia:

> Verifica-se, pois, que as razões aduzidas pela defesa para justificar o pedido de desaforamento, embora não possam ser suficientes quanto à isenção dos jurados, são provas cabais da parcialidade do juiz, que pessoalmente tem relatado dados do crime, formando opinião acerca do fato.
>
> Dessa forma, se a presença de tais fatos não é o bastante para julgar procedente o pedido de desaforamento, o é para confirmar a parcialidade do juiz no julgamento do caso em análise (fl. 102).

Diante do exposto, concedo a ordem a fim de determinar o afastamento do Juiz José Armando Pinheiro da Silveira da presidência do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem a fim de determinar o afastamento do Juiz José Armando Pinheiro da Silveira da presidência do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG".

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 07 de outubro de 2003. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 03.11.2003.)

-:::-

RECURSO ESPECIAL - PENAL - LEI 10.259/01 E LEI 9.099/95 - DERROGAÇÃO - CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - NÃO-PROVIMENTO

- O art. 2º da Lei 10.259/01, ao definir o crime de menor potencial ofensivo, derrogou o art. 61 da Lei nº 9.099/95.

- Recurso não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 523.485-RS - Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Procuradores: Leandro da Cunha e Silva e outros. Interessado: Carlos Eduardo dos Santos Madeira.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 04 de setembro de 2003 (data do julgamento). - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que, por votação unânime de sua Primeira Sexta Câmara Criminal, julgou procedente o conflito de competência suscitado, fixando a competência do 2º Juizado Especial Criminal para julgar o feito, ao argumento de que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.529/01 ampliou o conceito de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Estadual.

Assentou-se o *decisum* hostilizado nos exatos termos compilados na ementa, *in verbis* (fl. 32):

> Conflito negativo de competência. Juízo comum e Juizado Especial. Crimes de menor potencial ofensivo. Interpretação e aplicabilidade do disposto na Lei nº 10.259/01. Competência do Juizado Especial Criminal para apreciar o feito.

Sustenta o recorrente que o aresto vergastado malferiu o art. 61 da Lei nº 9.099/95, bem como os artigos 1º, 2º e 20, todos da Lei nº 10.259/01, asseverando, para tanto, que o conceito de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 continua em pleno vigor, pois a norma que o instituiu não foi revogada.

Contra-razões às fls. 90 a 94.

O Tribunal *a quo* admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator) - A Terceira Seção desta egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que o art. 2º da Lei 10.259/01, ao definir o crime de menor potencial ofensivo, derrogou o art. 61 da Lei 9.099/95.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

> Recurso especial. Juizado Especial Criminal. Competência. Crimes sujeitos a ritos especiais. Lei 10.259/01. Princípio da isonomia. Alteração do limite da pena máxima para dois anos. Recurso não conhecido.
>
> - 1. A Terceira Seção desta egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada.
>
> - 2. Com o advento da Lei nº 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos.
>
> - 3. Recurso não conhecido (REsp 489.712-RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, *DJ* de 04.08.2003).
>
> Penal e Processual Penal. Conflito negativo de competência. Turma Recursal e Tribunal de Alçada do mesmo Estado. Competência do STJ para dirimi-lo (CP, art. 132).
>
> - I. Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito. Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.
>
> - II. Compete à Turma Recursal o julgamento de recurso interposto contra decisão condenatória em infração penal de menor potencial ofensivo.
>
> Conflito conhecido para que se declare a competência do Juízo Suscitante (Turma Recursal) (CC 38.512-MG, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 12.08.2003).

Transcrevo, por oportuno, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, *verbis* (fls. 105/107):

> Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet* contra acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, que entendeu como aplicável a proposta de transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95.
>
> Irresignado, sustenta o recorrente, em suma, que a Lei 10.259/01 não derrogou o art. 61 da Lei 9.099/95 e que a nova definição de infração de menor potencial ofensivo não é aplicável no âmbito da Justiça estadual.
>
> Este é o relatório.

A Lei 10.259/01, instituidora dos Juizados Especiais no âmbito federal, em seu art. 2º, traz nova definição de infração de *menor potencial ofensivo*, assim descrita:

'Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa'.

Por sua vez, o art. 61 da Lei 9.099/95, em sua antiga redação, assim definia a infração de *menor potencial ofensivo*:

'Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial'.

Vislumbra-se, assim, um conflito de normas que descrevem a mesma espécie de crime. Por ter natureza material, deve adquirir valor superior a norma que mais beneficiar o réu, conforme o acórdão dessa Corte Superior, *in verbis*:

'Penal. Processual Penal. Embargos de declaração. Recurso ordinário. Infração de menor potencial lesivo. *Sursis*. Processual Penal. Lei nº 10.259/01 e Lei nº 9.099/95. Efeitos infringentes.

- I. A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

- II. Entretanto, tal alteração não afetou o patamar para o *sursis* processual (aplicação da Súmula nº 243-STJ). Contradição reconhecida com efeito infringente.

Embargos acolhidos, ensejando o desprovimento do recurso ordinário' (EDR*HC* 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 10.03.2003).

Por tudo, é forçoso dizer que resta derrogado o art. 61 da Lei 9.099/95, no que se refere ao *quantum*, para o fim de caracterizar o crime de menor potencial ofensivo, devendo o limite ser alterado para 2 (dois) anos.

À vista do exposto, não conheço do recurso.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso".

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 04 de setembro de 2003. - *Livia Maria Santos Ribeiro* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 13.10.2003.)

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GRAVAÇÃO DE CONVERSA - INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE - PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO

- Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq. 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 402.035-1-SP - Relatora: Ministra ELLEN GRACIE

Agravante: Ricardo Mandari. Advogado(s): Paulo José Domingues e outro(a/s). Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessado: João Roberto de Moura. Advogados: Edson Eiji Nakamura e outro(a/s).

Acórdão

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora.

Brasília-DF, 9 de dezembro de 2003. - *Ministra Ellen Gracie* - Relatora.

Relatório

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Trata-se de tempestivo agravo regimental interposto contra a decisão de fl. 533, do seguinte teor:

> Já decidiu esta Corte que a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores, sem conhecimento do(s) outro(s), não é considerada prova ilícita, haja vista que a garantia constitucional refere-se à interceptação feita por terceiros (*HC* 75.338, Nelson Jobim; *HC* 74.678, Moreira Alves). Com maior razão não há ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, como também já decidiu esta Corte no caso Magri (Inq. 657, Carlos Velloso). É a hipótese dos autos, onde avulta a circunstância de a gravação, feita por um dos interlocutores, destinar-se a provar a existência de crime de concussão, praticada por policiais militares, como reconheceu, soberanamente, o acórdão do Tribunal de Justiça Militar Paulista.
>
> Diante do exposto, nego provimento ao rercurso extraordinário (fls. 533).

Sustenta, em síntese, o agravante Ricardo Mandari que a ilegalidade sustentada no recurso extraordinário não constitui simplesmente na gravação de uma conversa feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, mas sim no fato de tratar-se de uma gravação editada e montada para fazer constar trechos de conversas que, depois de manipuladas, apresentara versão distorcida da realidade. Assim, a única base para a condenação do agravante foi a fita cassete editada e manipulada e posteriormente destruída.

É o relatório.

Voto

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - A gravação da conversa feita por um dos interlocutores, sem conhecimento de outro, como salientado na decisão agravada, não é considerada prova ilícita, nos termos dos precedentes lembrados. Além disso, o conteúdo dessa gravação foi objeto da edição produzida pela testemunha responsável pela gravação - Agostinho Teixeira - e que se encontra encartada aos autos (fls. 33/42). Pois bem, o conteúdo dessa gravação, por si só, prova a concussão, e além disso, como salientou o acórdão recorrido, essa prova foi confirmada em juízo pelo autor da gravação. Portanto, a condenação não se fundou, apenas, na prova pericial, que nada tinha de ilícita, mas também no depoimento de testemunha presencial à ocorrência criminal, e autora da gravação. Sem respaldo probatório, portanto, a alegação do agravante de que o conteúdo da gravação tenha sido manipulado.

Diante do exposto, nego provimento ao regimental.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora. 2ª Turma, 09.12.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 06.02.2004.)

-:::-

CONSTITUCIONAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - TAXA DE COMBATE A SINISTROS - COBRANÇA - CONSTITUCIONALIDADE

- I. É legítima a cobrança da taxa de combate a sinistros, uma vez que instituída como contraprestação a serviço essencial. Precedentes: RE 206.777-SP, Plenário, e RE 233.784-SP.

- II. Agravo não provido

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 426.761-9-SP - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Agravantes: Benevenuto Tilli e outro (a/s). Advogados: José Eduardo Queiroz Regina e outro (a/s). Agravado: Municipio de Campinas. Advogados: Andréa Pili e outro (a/s).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 09 de dezembro de 2003. - *Ministro Carlos Velloso* - Relator.

Relatório

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de agravo regimental interposto da decisão (fls. 142/143), que deu parcial provimento ao agravo e, nessa parte, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento para julgar legítima a cobrança da taxa de combate a incêndios e sinistros.

Sustentam os agravantes, em síntese, a insubsistência da decisão impugnada no tocante à constitucionalidade da taxa de combate a incêndios e sinistros. A uma, porque o serviço de combate a incêndios e sinistros é de interesse geral e coletivo, inespecífico e indivisível. A duas, porque a taxa impugnada "refere-se a um pretenso serviço colocado à disposição da população, não se tratando, pois, de taxa decorrente do poder de policia" (fl. 148). A três, porque "o serviço de combate a sinistros é de competência do Poder Público Estadual, através do Corpo de Bombeiros, não podendo o Município se fundar nesse serviço para a cobrança de taxas" (fl.149).

Finalmente, porque a base de cálculo da referida taxa é inconstitucional, uma vez que é a área do imóvel o único elemento objetivo utilizando para o cálculo da taxa, não sendo levado em consideração o efetivo custo do serviço.

Ao final, requerem os agravantes o provimento do presente agravo regimental.

É o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator) - O agravo regimental não merece prosperar. É que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, no julgamento do RE 206.777/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu no sentido de ser legitima a cobrança da taxa de combate a sinistros, uma vez que instituída como contraprestação a serviço essencial, específico e divisivel.

No mesmo sentido, ao julgar o RE 233.784/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu a Primeira Turma:

Ementa: Tributário. Municipio de Campinas. Taxas de lixo e sinistro. Leis nºs 6.355/90 e 6.361/90. Alegada ofensa ao art. 145, II, da Constituição.

- Taxas legitimamente instituídas como constraprestação a serviços essenciais, específicos e divisiveis, referidos aos contribuinte a quem são prestados ou a cuja disposição são postos, não possuindo base de cálculo própria de imposto.

- Recurso não conhecido (*DJ* de 12.11.99).

Do exposto, com base nos precedentes, nego provimento ao agravo regimental.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relato r. 2ª Turma, 09.12.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocudor-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antônio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no DJU de 06.02.2004.)

-:::-

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* - LIBERDADE PROVISÓRIA - EXCESSO DE PRAZO - CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA MATÉRIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - EXTENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

- O tribunal tem admitido conhecer da questão do excesso de prazo quando esta se mostra gritante, mesmo que o tribunal recorrido não a tenha examinado.

- Demora na instrução em virtude do não-cumprimento de carta precatória que visava à inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, *a priori*, não caracteriza constrangimento ilegal. Entretanto, esgotou-se o prazo de cumprimento da carta precatória.

- A competência para decidir acerca do pedido de extensão da liberdade provisória é do juízo que concedeu o benefício ao co-réu.

- Recurso provido em parte. *Habeas corpus* concedido de ofício.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 83.177-0-PI - Relator: Ministro NELSON JOBIM

Recorrente: Pedro Arcanjo da Silva Filho. Advogados: Pedro Calmon e outro. Recorrido: Ministério Público Federal.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e dar provimento, em parte, ao recurso ordinário e conceder, *ex officio*, ao recorrente ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 28 de outubro de 2003. - *Celso de Mello* - Presidente. - *Nelson Jobim* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Relator) - Em 10 de abril de 1995, Luiz Didi de Carvalho teria assassinado sua mulher Maria Iris de Carvalho, por motivo fútil e torpe, sem possibilidade de defesa da vítima (fls. 53).

A Juíza da Comarca de Inhuma-PI decretou a prisão preventiva do acusado (fls. 53/54).

Por ser o réu primário e residente na cidade, foi concedido *habeas corpus* para que ele respondesse ao processo em liberdade (fls. 55).

Em 22 de janeiro de 1996, Luiz Didi de Carvalho foi morto (fls. 55).

Em 23 de abril de 1996, a Juíza decretou a extinção do processo (fls. 55).

Realizadas novas investigações, o Promotor de Justiça daquela comarca concluiu que Luiz Didi de Carvalho foi assassinado por vingança dos irmãos da sua ex-esposa, João Paraiba de Oliveira,

Supremo Tribunal Federal

Francisco Paraíba Batista e Adalberto Paraíba Batista (fls. 52).

Eles teriam contratado, para realizar o crime, Pedro Arcanjo da Silva - paciente -, que agenciou Antônio José dos Anjos, Evaldo Gomes, Alberto Gil Alves de Sousa e José Fernandes Leal (fls. 52).

O paciente e os co-réus formam denunciados por homicídio qualificado por motivo torpe, promessa de pagamento e surpresa, que impossibilitou a defesa da vítima, e por formação de quadrilha (CP, art. 121, § 2º, I e IV, e art. 288, parágrafo único, Lei nº 8.072/90, art. 1º, I, e art. 8º, *caput*; fls. 138).

Em 14 de fevereiro de 2001, o paciente foi preso temporariamente (fls. 104/106).

Em 16 de abril de 2001, foi decretada a prisão preventiva de todos os denunciados (fls. 113/119 e 265/266).

A defesa do paciente requereu a revogação do decreto de prisão preentiva (fls. 127/130).

A Juíza da Comarca de Inhuma-PI negou-lhe o pedido (fls. 131/133).

No entanto, em 26 de maio de 2001, concedeu a liberdade provisória aos demais co-réus, Francisco Paraíba Batista, João Paraíba Batista e Adalberto Paraíba Batista, a pedido do MP estadual (fls. 44/47 e 166/168).

A defesa impetrou *habeas* perante o TJ/PI (fls. 50/79).

Alegou:

a) a ausência de fundamentação legal na decretação da prisão preventiva - falta de justa causa;

b) extensão ao paciente da revogação da prisão preventiva concedida aos demais acusados em situação homogênea e idêntica;

c) excesso de prazo para a formação da culpa (fls. 51).

A ordem foi denegada (fls. 37 e 311/316).

Afirmou-se que o paciente havia sido pronunciado por duas vezes por homicídio qualificado, nas Comarcas de Parnaíba-PI e de Miguel Alves-PI (fls. 39).

Leio a ementa:

> (...) É improcedente a alegação de falta de fundamentação da prisão preventiva do paciente e, sendo este portador de péssima vida passada, tudo conforme consta dos autos, portanto, denego a ordem de *habeas corpus*... (fls. 312).

A defesa impetrou *habeas* (fls. 02/25).

Os argumentos foram os mesmos do primeiro *habeas* (fls. 24/25).

O STJ denegou a ordem (fls. 340).

A situação do recorrente diferia da dos outros denunciados, pelos maus antecedentes.

Não analisou o excesso de prazo, porque a matéria não foi examinada no Tribunal local.

Leio a ementa do *HC* 20.910, Fontes de Alencar:

> (...)
>
> - Matéria não examinada pela Corte local.
>
> - Precatória para ouvida de testemunha indicada pela defesa... (fls. 340).

Contra essa decisão, a defesa impetrou o presente recurso ordinário em *habeas corpus* (fls. 342/367).

Repete os argumentos invocados nos outros *habeas*:

a) falta de justa causa para a manutenção da prisão preventiva (fls. 361);

b) excesso de prazo na prisão sem a formação da culpa (fls. 359 e 366);

c) extensão da liberdade provisória concedida aos outros co-réus, aplicação do CPP, art. 580 (fls. 357).

Requer, alternativamente, a concessão da prisão domiciliar, haja vista o grave estado de saúde do paciente (fls. 366).

A PGR opinou pelo deferimento parcial da ordem (fls. 386/390).

É o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Sr. Presidente, o presente recurso visa à concessão da liberdade provisória. O primeiro fundamento é a falta de justa causa para prisão. Esse foi um dos fundamentos do *habeas corpus*, interposto perante o STJ, que não foi objeto de exame no acórdão. O STJ só examinou os dois. O Ministro Fontes de Alencar não examinou os fundamentos de justa causa. Não obstante isso, examino o tema para conhecer, desde logo.

O decreto da prisão preventiva está bem fundamentado.

Digo eu:

> (...) A autoria e a materialidade estão confirmadas em razão dos depoimentos prestados na Sede da Polícia Federal junto à Comissão Investigadora do Crime Organizado - lá no Piauí - donde se conclui que João Paraíba, Francisco Paraíba e Adalberto Paraíba movidos por sentimento de vingança, em razão do assassinato da irmã Maria Inês, pelo próprio cunhado Luiz Didi, premeditaram o assassinato deste, contratando 'Pedro Silva' como agenciador e recrutador dos pistoleiros Antônio José dos Anjos, Evaldo Gomes e Alberto Gil que executaram o 'serviço' com o conluio do então Delegado de Polícia local José Fernandes Leal... (fls. 263).

Lembre-se que houve a morte. O marido, Didi, matou a mulher; foi solto por *habeas corpos*, enquanto a prisão preventiva; e, depois, foi morto. No bojo dessa investigação do crime organizado no Piauí, aparece, por investigação feita pela Polícia Federal, que Didi havia sido morto nessa circunstância. Ou seja, os irmãos da vítima, seus cunhados, contrataram o paciente, Pedro Silva, que teria agenciado os pistoleiros, os quais fizeram o serviço, matando o cunhado dos solicitantes, dos Paraíba.

Continua a decisão:

> (...) O crime em epígrafe está elencado como crime hediondo, e para assegurar a aplicação da lei penal que se não cumprida rigorosamente trará um senso de impunidade que motivará a prática de mais delitos e como conseqüência um descrédito da justiça; bem como a preservação da ordem pública e também da instrução criminal, visto que soltos os acusados poderão direta ou indiretamente apagarem provas, intimidarem testemunhas, enfim obstaculizar o transcurso normal do processo, levando também em consideração a grande comoção pública que este fato causou na comunidade local, sendo estas portanto razões suficientes a meu ver para decretar a prisão preventiva dos acusados o que o faço nos termos da Lei em vigor... em garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança de futura aplicação da Lei e nos moldes requerido pelo Delegado de Polícia Civil - fulano do Crime Organizado e representante do Ministério Público, em denúncia... (fls. 263/264).

Entendo que o decreto prisional atendeu aos requisitos do Código de Processo Penal. Não está caracterizado, portanto, o constrangimento ilegal. As razões que se estabeleciam é que Pedro Silva, o paciente, estaria respondendo, conforme disse no relatório, também, por processo na Comarca de Miguel Alves, Piauí. Da tribuna, foi referido que não foram prestadas as informações ao STJ, já que estamos em grau de recurso, em relação a esses dois homicídios.

No entanto, leio à fl. 39 dos autos, onde se encontra, exatamente, a decisão da Primeira Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Piauí, o seguinte sobre o paciente:

> (...) À fl. 210 se acha certidão do 2º Cartório Criminal da Comarca de Parnaíba, onde consta que o paciente foi pronunciado 'como incurso nas penas dos artigos 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, c/c 29 e 288 do Código Penal juntamente com outros denunciados'.
>
> Também, à fl. 211, se encontra uma certidão do cartório da Comarca de Miguel Alves, comprovando que por lá o paciente praticou crimes, conforme teor da referida certidão...

Então, noticia-se, no acórdão da 1ª Câmara Especializada Criminal, mencionando a folhas dos autos originais a existência das certidões da Comarca de Parnaíba e de Miguel Alves, certificando esses dois crimes.

Em relação ao problema da justa causa, eu o afasto, embora o STJ não o tenha conhecido, mas eu o conheço desde logo. Porém, quanto ao alegado excesso de prazo, o STJ entendeu não apreciá-lo, porque o Tribunal de Justiça do Piauí não o analisou, ou seja, no caso, o *habeas corpus* movido no STJ alega excesso de prazo, e esse tema não foi objeto de análise no Tribunal do Piauí.

A jurisprudência do Tribunal, entretanto, tem admitido a concessão de *habeas* de ofício quando gritante o excesso de prazo.

Leio a ementa do *HC* nº 59.629, Ministro Moreira Alves:

> *Habeas corpus*. Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.
>
> *Habeas corpus* que não se conhece por não ser caso de pedido originário a esta Corte, mas que se concede, *ex officio*, por gritante excesso de prazo.

Ou seja, em caso excepcionais, temos conhecido de ofício sobre o excesso de prazo mesmo que o tribunal originário do recurso não o tenha examinado.

A defesa alega que o paciente está preso há mais de 770 dias. Verifico, nos autos, que ele foi preso em 14 de fevereiro de 2001. Essa prisão dura dois anos e seis meses.

Sr. Presidente, como já tenho o hábito de fazer, promovo diligências de ofício quando examino esses processos e vejo ligações dessa natureza. Então, quando elaborava este voto, procurei saber do estado do processo e, por contato telefônico realizado pessoalmente com a Comarca de origem, fui informado sobre o problema da instrução criminal e me foi dito que, lá, ela não estava encerrada.

Solicitei, então, por *fac-símile*, exatamente para a demonstração de que este Tribunal examina os processos e se preocupa com o problema, a expedição de certidão, que foi juntada aos autos, enviada pela Comarca de Inhuma, no Piauí, onde corre o processo principal, cujo conteúdo diz que o processo se encontra para oitiva de testemunhas de defesa arroladas pelo acusado, com carta precatória expedida em 25 de maio de 2001, e, até então, não houve retorno nem notícia dessa carta precatória.

A certidão está à fl. 392, juntada aos autos. Portanto, está ainda pendente o cumprimento de carta precatória enviada à 3ª Vara Criminal de Teresina para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa. O constrangimento ilegal só se caracteriza quando a demora na formação da culpa não é causada pela defesa - e não há demonstração de que o cumprimento dessa precatória tenha sido retardado na Comarca de Teresina por força do Poder Judiciário, ou seja, há a informação de que essa precatória se encontra em Teresina e não há nenhuma manifestação, nos autos, no sentindo de que o réu tenha, no cumprimento dessa precatória, tomado as devidas providências.

Cito vários precedentes deste Tribunal e digo que não é o caso:

> (...) O excesso de prazo é causado pela demora do cumprimento da carta precatória de inquirição de testemunhas arroladas pela defesa. (...)

No *HC* nº 81.604, examinei situação semelhante. Leio naquele voto:

> 'O processo está na dependência do cumprimento de cartas precatórias para inquirição de testemunhas arroladas pela defesa. O réu estava preso, naquele caso, há onze meses. Entretanto, a eventual demora se deve ao fato de a defesa ter arrolado testemunhas a serem ouvidas por precatórios em lugares diversos, que houve uma situação curiosa: a defesa da causa demora com o uso de precatórias, pois não abre mão de ouvir as testemunhas fora do juízo, nem insiste no prosseguimento da instrução criminal' - não há notícia nesse sentido - 'mas o *habeas* alega constrangimento ilegal por excesso de prazo. A orientação do tribunal é conceder a ordem de ofício quando a demora não é causada pela defesa'.

Então, também nesse ponto, considero não caracterizado o constrangimento ilegal, evidentemente que ressalvada a possibilidade de que, em *habeas corpus* devidamente instruído, possa isso ser demonstrado.

Por último ainda, a extensão da decisão concedeu liberdade provisória aos co-réus.

Lembro que os Paraíbas foram libertados, ou seja, a Juíza, em Inhuma, concedeu a liberdade aos irmãos da primeira vítima.

A defesa, por último, requer a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal. Afirma que o paciente tem direito à extensão dos benefícios concedidos aos co-réus João Paraíba Batista, Francisco Paraíba Batista e Adalberto Paraíba Batista.

Já tive a oportunidade de analisar essa matéria, no *HC* nº 82.705. A jurisprudência do Tribunal é no sentido de que a competência para decidir sobre o pedido de extensão é do órgão jurisdicional que concedeu o benefício ao co-réu. Ou seja, quem concedeu o benefício ao co-réu, na nossa orientação, é que pode examinar sua extensão, ou não, desse benefício.

Cito precedentes do Srs. Ministros Sydney Sanches, *HC* nº 73.886; Moreira Alves, *HC* nº 76.032; e Gilmar Mendes, *HC* nº 82.582.

A Procuradoria assim também entendeu. Leio o parecer (fl. 390):

> Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do recurso, para, alterando-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que examine a alegação relativa ao excesso de prazo...

Há aqui, também, um laudo do Hospital Santa Maria, de Teresina, datado de janeiro de 2002, descrevendo um problema relativo a uma hérnia umbilical encarcerada, de que teria sido acometido o paciente à época. Foi submetido a uma cirurgia e ficou internado até um determinado tempo e voltou à prisão.

Lembre-se de que já há precedente no caso em que a concessão da liberdade provisória levou à morte do próprio paciente, Sr. Luiz Didi de Carvalho.

É bom se ter presente que, aqui, estamos diante de um caso que envolve a radicalidade das situações no próprio Piauí, e, considerando esse fato, conheço e dou provimento, em parte, ao presente recurso ordinário, para determinar ao Magistrado estadual de primeiro grau que examine, considerada a norma constante do art. 580 do CPP, o pedido de extensão motivado pelo deferimento aos co-réus.

Concedo, *ex officio*, ao paciente a ordem de *habeas corpus*, para assegurar-lhe o direito à prisão domiciliar sob fiscalização do juízo local processante, se por outro motivo não estiver preso, determinando-se, ainda, a este que dê andamento ao processo-crime instaurado na Comarca de Inhuma-PI, em face do que dispõe o art. 222, § 2º, do CPP, eis que esgotado o prazo de cumprimento da carta precatória expedida a requerimento da defesa.

Voto (revisão de apartes)

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Sr. Presidente, determinamos o julgamento, mas, aí, vai ficar sem defesa.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente) - A pergunta que lhe faço, Senhor Relator, é a seguinte: embora haja retardamento motivado pela não-devolução e pelo não-cumprimento da precatória, não caberia à própria autoridade judiciária deprecante - considerado o que dispõe o art. 222 do CP - determinar o prosseguimento do processo penal?

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Sem prejuízos, podemos. Concordo. Porque - veja bem - o decreto de prisão temporária é de fevereiro de 2001; o oferecimento da denúncia é de abril de 2001; a prisão preventiva é, também, de abril da mesma data; a denúncia foi recebida em 17 de abril; o interrogatório do acusado em 24 de abril; a oitiva das testemunhas de acusação no dia 22 de maio de 2001. Ou seja, tudo que dizia respeito à fase acusatória se produziu a partir de fevereiro de 2001 até maio de 2001; a defesa prévia do acusado foi apresentada em 7 de abril de 2001; e, em 25 de maio, foi expedida a oitiva das testemunhas de defesa para Teresina - aí paralisou.

Aqui, consta que todas as testemunhas foram arroladas pelo acusado e seriam ouvidas em Teresina.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente) - Reconheço que há uma singularidade que - segundo penso - a todos impressiona, considerada a circunstância de que, neste caso, não há sequer sentença de pronúncia que haja reconhecido a admissibilidade da acusação penal deduzida contra o ora recorrente.

O Sr. Ministro Carlos Velloso - E esse homem, do modo como esclareceu o eminente advogado, pesando mais de 150 quilos, padecendo na prisão. Penso que há peculiaridades, no caso. O voto de V. Ex.ª é perfeito sob o ponto de vista jurídico, sem dúvida nenhuma.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Conheço bem esse tipo de processo criminal; fui advogado criminal durante muitos anos em processo de Júri também. Sei como é essa história de demora de precatório. Então, não posso partir do pressuposto de que com a demora não há defesa.

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Mas o Juiz poderia ter julgado.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Agora, que nós possamos determinar que o Juiz dê prosseguimento ao feito, concordo. Não tem problema nenhum, porque, neste caso específico, se o Juiz entender que não irão dar cumprimento à precatória e resolve julgar, a única coisa a fazer é a sentença de pronúncia, por se tratar de crime de homicídio, da competência do Tribunal do Júri.

O Sr. Ministro Carlos Velloso - E se concedêssemos o *habeas corpus* de ofício para o fim de ser deferida a prisão domiciliar, tendo em vista a situação pessoal desse homem?

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Mas não me afasto dessa opção

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Esse homem está doente.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Se V. Ex.ª concorda, não tem problema.

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Estou inteiramente de acordo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator) - Não me furtaria em concordar com V. Ex.ª, mas teríamos que conceder a prisão domiciliar e determinar ao Juiz desse cumprimento ao art. 222 do Código de Processo Penal.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu e deu provimento, em parte, ao presente recurso ordinário, para determinar ao Magistrado estadual de primeiro grau que examine, considerada a norma inscrita no art. 580 do CPP, o pedido de extensão motivado pelo anterior deferimento aos coréus do benefício da liberdade provisória, nos termos do voto do Relator. A Turma, por sua vez, e sempre nos termos do voto do Relator, concedeu, *ex officio*, ao ora recorrente (paciente) ordem de *habeas corpus*, para o efeito de assegurar-lhe o direito à prisão domiciliar, sob fiscalização do Juízo local processante, determinando-se, ainda, a este que dê andamento ao processo-crime instaurado na Comarca de Inhuma-PI (Processo-crime nº 005/96), em face do que dispõe o art. 222, § 2º, do CPP, eis que esgotado o prazo de cumprimento da carta precatória expedida a requerimento da defesa. Falou, pelo recorrente, o Dr. Pedro Calmon e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 28.10.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 19.03.2004.)

I. *HABEAS CORPUS*: CABIMENTO PARA VERIFICAR A SUFICIÊNCIA E A IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL. II. PRONÚNCIA: MOTIVAÇÃO SUFICIENTE: C. PR. PENAL, ART. 408

- 1. Conforme a jurisprudência do STF, "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação" **(RE 287.658, 1ª T, 16.09.03, Pertence, *DJ* de 10.03.03).**

- 2. O caso, porém, é de pronúncia, para a qual se contenta o art. 408, C. Pr. Penal com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor".

- 3. Aí - segundo o entendimento sedimentado - indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado.

- 4. Para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes.

HABEAS CORPUS Nº 83.542-2-PE - Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

Paciente: Anderson Leite Chaves - Impetrantes: Bóris Trindade e outro (a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 09 de março de 2004. - *Ministro Sepúlveda Pertence* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O *habeas corpus* é impetrado contra acódão do STJ que denegou, como antes fizera o Tribunal de Justiça de Pernambuco, a ordem requerida por falta de justa causa ou de fundamentação para a pronúncia do paciente.

Este é um dos três policiais acusados da execução de homicídio que se teria cometido a mando e mediante paga do primeiro denunciado, João de Oliveira Cintra, vulgo Mano.

No que interessa, este é o teor do relatório da pronúncia atacada - fl.14:

> Alega o denunciante que, no dia 12.10.89, por volta das 19:00 horas, o mandante do crime João Cintra, que já havia tudo planejado e pago três mil cruzeiros aos três executores do delito, combinou que se encontraria com a vítima Roberto José da Silva, no Bar Caribe, na Estância, em Recife, onde a mesma costumava se encontrar com a namorada Neidinha. No bar, segundo o M. Público, o acusado Mano deu carona à vítima e no meio do caminho os demais acusados trancaram o carro de Mano e, dissimulando serem policiais, algemaram Mano e a vítima para posteriormente liberarem o Mano e levarem a vítima até o Engenho Recreio em Muribeca, neste Município, onde a executaram através de arma de fogo;
>
> Prossegue o *Parquet* na acusação, aduzindo que após o macabro plano o mandante Mano foi até o Bar do pai de Neidinha, onde ficou mais tarde para despistar seu envolvimento, alegando ainda que o motivo do crime foi porque o Mano tinha desejos em Neidinha e, como a vítima não cedeu às pressões para se afastar da moça, acabou por matá-la.

Depois de referir-se aos interrogatórios e às testemunhas inquiridas e à localização, nos autos, dos termos respectivos e sintetizar as alegações finais das partes, decidiu o Juiz - fl. 15:

> A materialidade do fato apontado como criminoso no presente processo encontra-se devidamente comprovada nos autos, conforme se vê pela Perícia Tanatoscópica de fl. 45 e fotos de fls. 46/47, não restando qualquer dúvida acerca da morte violenta que teve a vítima Roberto José da Silva;
>
> Na polícia apenas o acusado João de Oliveira Cintra Júnior prestou declarações, ocasião em que negou a autoria intelectual do crime, tendo os demais acusados utilizado o direito de apenas prestarem depoimento em juízo. Neste, quando interrogados, todos negaram a acusação;
>
> O crime atribuído aos réus é da competência do Tribunal do Júri, devendo o Juiz Singular ser prudente na análise das provas, a fim de não se aprofundar em sua conclusões porquanto estaria estrapolando sua competência, devendo tão-somente, conforme determina legislação adjetiva penal, após a certeza da materialidade e indícios de autoria, declinar pela pronúncia, expondo os motivos do seu convencimento (art. 408, CPP);
>
> Inegavelmente as declarações mais contundentes acerca da autoria do crime foram prestadas pelo Sr. Aldo Fernandes Vieira, na polícia, às fls. 115/121, cujos fatos ali narrados também foram ratificados, em parte, pela testemunha José Filho dos Santos, também na polícia, às fls. 112/114. Ocorre que, ao serem ouvidos em juízo, as referidas testemunhas *negaram* que tivessem prestado as referidas declarações, tendo dito inclusive que foram torturados pela polícia para assinarem as mesmas. Este fato favoreceu os defensores dos réus pedirem a impronúncia dos mesmos sob a argumentação de que a retratação em juízo das testemunhas era apenas a denúncia de irregularidades cometidas pela polícia quando da elaboração do inquérito;
>
> O Ministério Público entendeu que Aldo Fernandes e José Filho apenas repetiram o comportamento de algumas testemunhas que costumam retratar-se em juízo, sob alegação de que nada disseram na polícia. Aliás, não há provas no autos de que Aldo Fernandes tenha sido '*torturado*' na polícia. Por outro lado, ignora-se o motivo pelo qual o mesmo teria desmentido as declarações, em juízo;
>
> Não há dúvidas de que havia certo relacionamento entre o acusado João Cintra e a namorada da vítima, conhecida pelo apelido de *Neidinha*. A denúncia, com base nas declarações de Aldo Fernandes, diz que o acusado *Mano* encontrou-se com a vítima, no dia do crime, no Bar Caribe, ocasião em que teria saído com a mesma para levá-la até os demais acusados que se encarregaram de executá-la;
>
> A propósito, Elzinete Maria de Lima, ouvida à fl. 456, disse que:
>
> '... por volta das 18:50 horas do dia do crime a depoente dirigia-se para a escola, tendo passado no Bar Caribe onde também já estava a vítima; que disse à vítima, seu namorado, que estava indo para a escola a fim de fazer prova; que ali chegando por já ter nota suficiente foi dispensada pela Professora e por essa razão retornou para o Bar Caribe pensando em se encontrar com a vítima, seu namorado; que ali chegando por volta das 19:15 horas não encontrou mais a vítima no bar, seguindo ela direto para sua residência;...'
>
> A testemunha Maria Edleuza de Fontes (fl. 16) apesar de ter dito em juízo que não se recordava se a vítima saiu na companhia de Neidinha no dia do crime, chegou a alegar na polícia que:
>
> '... na quinta-feira, dia 12 do corrente, à noite, entre 18:30 e 19:00 horas, a vítima chegou ao bar onde trabalha a declarante, e, como de costume tomou acento a uma mesa, pediu uma cerveja, servida pela declarante e ficou esperando a namorada, a *Neide;* que minutos depois chegava a namorada de Roberto, trajando vestes escolares, sentando ela ao lado do namorado que a esperava; que a vítima tomou, apenas, duas cervejas, enquanto ela nada tomou; que o casal se demorou pouco, talvez

menos de dez minutos, tendo o rapaz pagado a conta e deixado o bar com a namorada, fato este presenciado, também, pelo Vigia do bar; ...'

O referido vigia do bar, Sr. Abdon Ramos de Oliveira, não foi localizado para prestar depoimento em juízo (fl. 521-v). Todavia, na polícia, afirmou que (fl. 17):

'... na quinta-feira, dia 12 do corrente, à noite, como era de costume, o Roberto ali chegou, pediu uma cerveja e ficou aguardando a chegada da namorada, tendo se retirado, após tomar duas cervejas, em companhia da namorada, sendo esta a última vez o declarante o viu; ...'

A transcrição dos depoimentos acima me traz duas incertezas na análise superficial das provas. A primeira diz respeito acerca da veracidade dos referidos depoimentos prestados na polícia em confronto com os prestados por Aldo Fernandes e José Filho dos Santos. A segunda refere-se ao *iter criminis* seguido pela vítima. Em decorrência dessas dúvidas indaga-se: Qual ou quais os depoimentos verdadeiros prestados perante a autoridade policial? A vítima Roberto José da Silva, antes de ser morta, saiu do bar na companhia da namorada Neidinha ou do acusado Mano?

Na verdade, aproveitando a referência feita pelo saudoso Bel. Mircio Ferreira, quando das alegações finais de seu constituinte Anderson Leite Xavier, citando o Professor Roque de Brito Alves e tendo em vista as declarações prestadas na polícia por Aldo Fernandes e José Filho dos Santos, *entendo* que subsistem vestígios ou mesmo suspeitas da participação dos acusados nesta empreitada criminosa, de modo a caracterizar os indícios de autoria para comportar a pronúncia;

Aliás, verifica-se nos autos que os denunciados policiais foram excluídos do quadro após investigações administrativas (fl. 245), em decorrência do presente caso, o que fortalece a nossa suspeita da participação dos mesmos neste evento funesto;

Conforme já declinei acima o presente crime é da competência do Tribunal do Júri, cabendo ao egrégio Conselho de Sentença a decisão final acerca da culpabilidade ou não dos réus, caso a presente transite em julgado. É de se esclarecer ainda que a dúvida deste Magistrado acerca da participação efetiva dos acusados como autores do crime vem em benefício da sociedade através da consagrada parêmia *in dubio pro societas*. Este também é o entendimento pacífico do Jurisprudência pátria;

O Ministério Público tipificou o evento em sua forma qualificada diante dos informes policiais de que o crime ocorreu por encomenda, mediante pagamento de determinada quantia. Neste aspecto, verídicas as mencionadas declarações, nada a reparar na exordial, devendo também o fato ser decidido pela Sociedade.

Ex positis, face a fundamentação supra, julgo procedente a denúncia de fls. 02/04, para *pronunciar* os acusados...

Para denegar a impetração, fundou-se o STJ em que

> baseado o *decisum* pronunciativo nas provas e indícios até então colhidos, a condução de *habeas corpus* com vistas a contrastar o juízo de convencimento dele decorrente fere o sentido do procedimento heróico, pois esbarra na proibição do reexame do material cognitivo (*HC* 25.201, José Arnaldo da Fonseca).

Com o presente *habeas corpus* requerido ao STF insistem os impetrantes na pretensão.

Depois de recordar a motivação do acórdão impugnado e negar que se pretendesse "revolver prova ou reexaminar o conjunto probatório", aduz a petição, de fina lavra:

> 05. Pois a r. decisão de pronúncia teve como baliza suportadora do juízo de admissibilidade provisória, estes toques:
>
> a) vestígios de participação;
>
> b) suspeita de participação;
>
> c) fortalecimento de suspeita por força de uma decisão administrativa estranha;
>
> d) dúvida deste magistrado, isto é dúvida íntima, pessoal.
>
> Ora, além do desenho vernacular prestável para qualquer caso e, por isso, inidôneo para respaldar uma decisão de pronúncia, a r. decisão do il. Juiz de 1º grau se mostra etiquetada com uma roupagem inservível para tal desiderato, ou seja, a suspeita vã, o vestígio tolo.
>
> 06. Pois bem.
>
> 07. Dizer isso que a pronúncia disse, assim por dizer, tanto mais quando o juiz se pega em 'vestígios' e em 'suspeitas', constitui, indicutivelmente, falta de justa causa para a submissão de uma pessoa a julgamento pelo Tribunal do Júri.
>
> E é esta a questão agitada, ou seja, desconstituir a pronúncia, sem necessidade de exame de prova, porque o desenho léxico empolgado na decisão não serve para recepcionar a motivação exigida pelo art. 408, CPP.
>
> Pois se o juiz diz que há, apenas, 'vestígios' e 'suspeitas da participação dos acusados nesta empreitada criminosa', isto constitui falta de justa causa, a legitimar a despronúncia, empreitada que é possível pela via do *writ*, conforme decidiu esse excelso Pretório (*HC* nº 81.646-1, 1ª Turma, Rel. em. Min. Sepúlveda Pertence).
>
> 08. De fato, diz a pronúncia, *verbis:*
>
> '... Entendo que subsistem vestígios ou mesmo suspeitas da participação dos acusados nesta empreitada criminosa, de modo a caracterizar os indícios de autoria para comportar a pronúncia; aliás verifica-se nos autos que os denunciados policiais foram excluídos do quadro após investigações administrativas, em decorrência do presente caso, o que fortalece a nossa suspeita da participação dos mesmos nesse evento funesto' (doc. 1).
>
> Logo, não se quer saber se a prova dos autos conduz para o reconhecimento desses 'vestígios' e 'suspeitas'; ou que tais 'suspeitas' e tais 'vestígios' existem ou não, na prova colhida.
>
> Nada disso.
>
> O que se atrai no *writ* é a imprestabilidade dessa construção léxica, empolgada na pronúncia, para sujeitar uma pessoa a um julgamento popular, isto é: o fato como tal deduzido na decisão não autoriza o juízo de admissibilidade provisória da proposta da acusação.
>
> 09. Por outro lado, a impetração lançou dardos fortes quanto à inidoneidade da fundamentação eleita na pronúncia, por isso que, sem qualquer demonstração fática, como se vê da sua leitura, tal omissão caracteriza típica fundamentação para qualquer processo, qualquer decisão, conforme alertou esse excelso Pretório, no lapidar acórdão da d. 1ª Turma, Rel. em. Min. Sepúlveda Pertence, *verbis:*
>
> 'Pronúncia: falta de fundamentação: nulidade.
>
> A melhor prova de inexistência de fundamentação de uma decisão judicial é a que o texto que pretexte satisfazer à exigência sirva à decisão de qualquer causa: a motivação - ainda que discreta, como convém à pronúncia - há de exprimir a adequação lógica do fato concreto, sempre singular, ao dispositivo do julgado (*HC* 75.731, *DJU*, 10.05.2000).
>
> 10. E há, ainda, um outro ponto, que se mostra relevante para fragilizar essa sentença de pronúncia, que é o que atine com o tema relativo à dúvida da autoria.
>
> 11. De fato.
>
> 12. Diz a pronúncia, *verbis:*
>
> 'É de se esclarecer ainda que a dúvida deste magistrado acerca da participação efetiva dos acusados como autores do crime vem em benefício da sociedade, através da consagrada parêmia *in dúbio pro societas* (*sic*).
>
> Ora, salvo entendimento melhor, ninguém pode ser pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri porque o juiz instrutor tem dúvida 'acerca da participação efetiva' dos eventuais acusados.
>
> A dúvida que a jurisprudência construiu, pertinentemente à autoria do fato criminoso, é aquela que se exibe na prova que decorre da construção do instrutório, e não a dúvida porventura irrompida no juízo subjetivo do magistrado, visto como, se assim fosse, estar-se-ia emprestando ao princípio do livre convencimento uma amplitude arbitrária.
>
> Por isso, como se sabe, a indispensabilidade do dever de o juiz dar os motivos do seu convencimento, que não se basta com um mero jogo de palavras, pois, como no caso, até porque desenhada com léxicos exóticos. (Exóticos, sim, como se vê deste trecho: 'A vítima Roberto José da Silva, antes de ser morta, saiu do bar Caribe na companhia da namorada Neidinha ou do acusado Mano? Claro: tal postura só se conhece na literatura, onde é clássico o personagem de Quincas Berro d'Água, de Jorge Amado, que, mesmo depois de morto, andava, bebia, cultuava as horizontalidades afetivas, essas coisas' - *in A Morte e a Morte de Quincas Berro d'Água.*)

Depois de pedir a requisição dos autos principais, no que foi atendido, o il. Subprocurador-Geral Haroldo da Nóbrega, pelo Ministério Público Federal, emitiu parecer, que conclui:

> O magistrado destacou na pronúncia o móvel do crime (fl. 552 do apenso). Indicou as provas que justificavam a pronúncia, entre elas o depoimento de fls. 115/21, que prestado por um empregado de uma loja de calçados do co-réu, apontado como mandante, praticamente desvendou toda a trama criminosa. *Brevitatis causa*, peço vênia para remeter V. Exa. à leitura do quanto consta às fls. 115/21 do apenso (depoimento inserido no volume nº 02 que deveria ser volume nº 01). Anote-se que no mesmo depoimento o ora paciente é referido como Allan (ver denúncia, fl. 02).
>
> Em suma, a sentença de pronúncia tem a fundamentação necessária para remeter o caso para julgamento pelo Júri.
>
> Demais disso, o *HC* não seria a via adequada para o reexame de matéria complexa de provas.
>
> O parecer, ante o exposto, é pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) - Não ultrapassa as raias do *habeas corpus* verificar - nos termos em que postulado pelos impetrantes - a suficiência e a idoneidade da fundamentação de uma decisão judicial.

Como já tenho assinalado (*v.g.*, *HC* 69.419, de 23.06.92, *RTJ*, 143/600), a exigência de motivação das decisões judiciais não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a conclusão do julgado.

Fora o caso de sentença definitiva - na qual é inadmissível que a condenação se funde exclusivamente nos elementos colhidos no inquérito policial -, e quiçá a impetração fosse irrecusável.

Com efeito - pelo menos no tocante à imputação de autoria material do homicídio dirigida contra os três policiais, um deles, o paciente -, a pronúncia se apóia em duas declarações colhidas no inquérito policial, mas retratadas em juízo, a principal delas com alegação de que o depoimento desdito teria sido extorquido mediante tortura.

Releia-se na pronúncia - fl. 16:

> Inegavelmente as declarações mais contundentes acerca da autoria do crime foram prestadas pelo Sr. Aldo Fernandes Vieira, na polícia, às fls. 115/121, cujos fatos ali narrados também foram ratificados, em parte, pela testemunha José Filho dos Santos, também na polícia, às fls. 112/114. Ocorre que ao serem ouvidos em juízo as referidas testemunhas *negaram* que tivessem prestado as referidas declarações, tendo dito inclusive que foram torturados pela polícia para assinarem as mesmas. Este fato favoreceu aos defensores dos réus pedirem a impronúncia dos mesmos sob a argumentação de que a retratação em juízo das testemunhas era apenas a denúncia de irregularidades cometidas pela polícia quando da elaboração do inquérito;
>
> O Ministério Público entendeu que Aldo Fernandes e José Filho apenas repetiram o comportamento de algumas testemunhas que costumam retratarem-se em juízo, sob alegação de que nada disseram na polícia. Aliás, não há provas nos autos de que Aldo Fernandes tenha sido '*torturado*' na polícia. Por outro lado, ignora-se o motivo pelo qual o mesmo teria desmentido as declarações, em juízo.

Já decidimos que:

> ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação (RE 287.658, 1ª T, 16.09.03, Pertence, *DJ* de 10.03.03).

O caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408, C. Pr. Penal, com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor".

Aí - segundo o entendimento sedimentado -, indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação -, mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado..

Estou que, para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmetido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes.

Esse o quadro, indefiro o *habeas corpus:* é o meu voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus.* Unânime. 1ª Turma, 09.03.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República - Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

(Publicado no *DJU* de 26.03.2004.)

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - PRISÃO PROVISÓRIA - EXCESSO DE PRAZO - RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA À DEFESA

- I. A manutenção da prisão do réu, no caso, não configura constrangimento ilegal, dado que a demora no julgamento pelo Tribunal do Júri se deve aos inúmeros recursos apresentados em favor do paciente.

- II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fica superada a alegação de excesso de prazo com a superveniência da sentença de pronúncia que mantém a prisão do réu.

- III. *HC* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 83.860-0-DF - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Paciente: José Quirino Alves Júnior. Impetrantes: Jason Barbosa de Faria e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o *habeas corpus*. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, Presidente, e a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília-DF, 09 de março de 2004. - *Ministro Carlos Velloso* - Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Quirino Alves Júnior, de acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça que denegou pedido de *habeas corpus* (*HC* 30.927-DF) do paciente, em acórdão assim ementado:

> Ementa: *Habeas corpus* - Excesso de prazo para julgamento do Júri - Recursos da defesa - Suspensão do andamento normal - Demora promovida pela defesa.
>
> - O manejo recursal em sede de procedimento do Tribunal do Júri, a teor da disposição pertinente, art. 584 do CPP, impede a condução normal do processo, haja vista a suspensão do julgamento pelo Conselho de Sentença.
>
> *In casu,* a Corte estadual consigna a existência de vários recursos da defesa que promoveu a postergação da decisão popular, cabendo, por isso, *mutatis mutandis,* a acepção indicativa da Súmula 64 deste Tribunal (fl. 295).

Sustentam os impetrantes que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo, porquanto se encontra preso há mais de 3 (três) anos sem previsão para que seja submetido a julgamento. Alegam inexistir justificativa legal e fática para a manutenção da prisão, dado que, além de a instrução criminal já se haver encerrado, o paciente é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa nesta Capital e profissão definida.

Ao final, pedem os impetrantes a concessão da ordem, para o fim de "ser outorgado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o desfecho final da ação penal a que responde" (fl. 16).

Em 02.01.2004, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Maurício Corrêa, solicitou informações (fl. 275), que foram prestadas pelo eminente Ministro Nilson Naves, Presidente do eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 213/216).

Às fls. 303/305, o eminente Min. Nelson Jobim, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal, indeferiu o pedido de liminar.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, opina pelo indeferimento da ordem (fls. 311/319).

É o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator) - Insurge-se a impetração contra a decisão da 5ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça que indeferiu pedido de *habeas corpus,* em que se postulava a concessão da ordem para o fim de assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Sobre a questão, registrou o eminente Min. José Arnaldo da Fonseca, Relator do acórdão aqui impugnado:

(...) Fulcra-se a controvérsia em um só ponto: a demora no julgamento pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, as informações encaminhadas pela Corte Estadual dão conta de inúmeros recursos manejados em favor do paciente que protelam o andamento do processo.

É preciso ressaltar que, tratando-se de procedimento do Tribunal do Júri, o manejo recursal, no âmbito da disposição pertinente, art. 584 do CPP, impede a condução normal do processo, haja vista a suspensão do julgamento pelo Conselho de Sentença. Ao contexto, *mutatis mutandis*, vale a acepção indicativa da Súmula 64 deste Tribunal, *verbis*:

'Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa'.

O il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, obtemperou pelo *Parquet* Federal, *verbis* (fls. 183/4):

'Colhe-se dos autos que 'o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 129, *caput*, e art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 29 do Código Penal, por haver na madrugada do dia 09 de agosto de 2000, nas proximidades da Boate Music Hall, em plena via pública da 411 Sul, agredido fisicamente, utilizando-se de seus membros, a vítima Gilson Leal Almokdisi Meneses, provocando nesta os ferimentos descritos no laudo pericial. Consta ainda da peça acusatória que o paciente concorreu para o crime de homicídio qualificado praticado contra a vítima João Cláudio Cardoso Leal, emprestando ao outro co-réu, Marcelo Gustavo Soares de Souza, apoio moral e material ao conduzir o seu veículo de forma sorrateira até o local onde poderia colher a vítima de surpresa' (fl. 92).

Afere-se, ainda, que o paciente já fora pronunciado e aguarda a realização de seu julgamento pelo conselho de sentença do Tribunal do Júri e que este não ocorreu até o momento em virtude dos inúmeros recursos aviados tanto pela defesa quanto pela acusação. Esta intentou recurso em sentido estrito contra decisão que havia desclassificado as condutas dos réus para os crimes de lesão corporal seguida de morte e lesões corporais simples (CP, arts. 129, § 3º, e 129, *caput*). Obtendo o *Parquet* sucesso e tendo sido os réus pronunciados nas condutas capituladas na denúncia em decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, manejou a defesa embargos infringentes, arrimada no voto minoritário, que havia negado provimento ao recurso em sentido estrito, mantendo a sentença de desclassificação proferida em primeiro grau. Os embargos infringentes foram julgados na sessão do dia 02.10.2002 pela Câmara Criminal do Tribunal de origem, sendo proferida decisão negativa de provimento.

Como se vê, trata-se de feito complexo retardado em decorrência dos recursos interpostos pelas partes - acusação e defesa. Desse modo, diante da aplicação do princípio da razoabilidade justifica-se a demora na realização do julgamento do paciente, mormente se não causada pelo Ministério Público ou pelo Magistrado.

A utilização dos recursos é inerente ao exercício do princípio do devido processo legal, através do qual tanto a defesa quanto a acusação defendem seus interesses, não podendo ser visto como atos protelatórios.

Posto isso, incabível a colocação do paciente em liberdade, para que este aguarde a ultimação do feito com a realização de seu julgamento pelo Tribunal Popular'.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto (fls. 299/300).

Correto o entendimento.

Como bem salientado pelo ilustre representante do *Parquet*, nada há a reparar no acórdão recorrido, dado que:

> a demora no julgamento plenário deveu-se à necessidade de se aguardar o julgamento dos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela defesa na fase da pronúncia. Além disso, também como referido acima, a custódia provisória no aguardo do julgamento pelo Júri não está sujeita a prazo, sendo descabido cogitar de liberdade provisória, em face de expressa vedação de lei (fl. 319).

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os seguintes acórdãos:

> Ementa: Criminal. *Habeas corpus*. Excesso de prazo. Responsabilidade atribuída à defesa. - Não se tem como configurado excesso de prazo na prisão do paciente, que está sendo processado por homicídio, se a culpa pela demora se deve à própria defesa, que insiste na inquirição de testemunha de difícil localização. E, se como diz o impetrante, a defesa, na ação penal, vem prejudicando o ora paciente, então a providência a tomar é outra, e não certamente a ora pleiteada (*RHC* 60.726-BA, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 22.04.83).
>
> Ementa: *Habeas corpus*. Processo penal. Excesso de prazo na instrução criminal. Constrangimento ilegal não caracterizado.
>
> - A demora na conclusão da formação da culpa se deve ao comportamento da defesa, que não se manifestou nas diversas vezes em que foi instada a fazê-lo.
>
> - Só quando o retardamento da instrução for atribuível à culpa do juízo é que eventual excesso de prazo caracterizará constrangimento ilegal.

Precedentes.

- *Habeas* conhecido e indeferido (*HC* 81.819-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 14.02.2003).

Ementa: Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Pronúncia. Manutenção da prisão.

- I. Prisão preventiva mantida pela sentença de pronúncia ajustada à lei, dado que o réu, logo após o crime, evadiu-se do distrito da culpa, sendo encontrado 6 (seis) anos depois, em outra comarca, fazendo uso de identidade falsa.

- II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fica superada a alegação de excesso de prazo com a superveniência da sentença de pronúncia que mantém a prisão do réu.

- III. *HC* indeferido (*HC* 82.833-BA, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 27.06.2003).

Ementa: *Habeas corpus*. Decisão que teria desconsiderado excesso de prazo verificado na prisão decorrente de pronúncia.

- Hipótese em que a decisão recorrida não divergiu da remansosa jurisprudência desta Corte de que a custódia provisória decretada na sentença de pronúncia não está sujeita a prazo, devendo ser mantida até o julgamento pelo Tribunal do Júri.

- Precedentes.

- *Habeas corpus* indeferido (*HC* 81.455-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 22.02.2002).

Do exposto, indefiro o *writ*.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o *habeas corpus*. Falou, pelo paciente, o Dr. Jason Barbosa de Faria. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 09.03.2004.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 26.03.2004.)

ÍNDICE NUMÉRICO

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
1.0000.00.328637-4/000	ApCrim	Belo Horizonte	Tibagy Salles	405
1.0000.03.400044-8/000	MS	Contagem	Maria Elza	318
1.0000.03.400295-6/000	*HC*	Gov. Valadares	Edelberto Santiago	398
1.0000.03.401430-8/001	RecAg	Gov. Valadares	José Antonino B. Borges	411
1.0000.03.401636-0/001	RecAg	Rio Vermelho	Gudesteu Biber	376
1.0000.03.401648-5/000	*HC*	S. Vitória	Luiz C. Biasutti	404
1.0000.03.401796-2/000	*HC*	Congonhas	Reynaldo X. Carneiro	344
1.0000.03.402209-5/000	*HC*	Juiz de Fora	Francisco Figueiredo	55
1.0000.03.402460-4/000	*HC*	Manga	Edelberto Santiago	389
1.0000.03.402938-9/000	*HC*	Belo Horizonte	Gudesteu Biber	372
1.0000.03.403251-6/000	*HC*	Ribeirão das Neves	Paulo C. Dias	413
1.0000.03.403810-9/000	*HC*	Uberaba	Sérgio Braga	378
1.0000.03.404545-0/000	*HC*	Passos	Paulo C. Dias	403
1.0000.03.404612-8/000	*HC*	Pouso Alegre	Paulo C. Dias	385
1.0000.03.404767-0/000	MS	Belo Horizonte	Almeida Melo*	37
1.0000.04.404913-8/000	*HC*	Belo Horizonte	Sérgio Braga	380
1.0000.04.406565-4/000	*HC*	Ubá	Márcia Milanez	414
1.0024.00.044031-3/002	Agravo	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	270
1.0024.00.069308-5/001	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	312
1.0024.00.079160-8/001	ApCível	Belo Horizonte	Lucas S. V. Gomes	81
1.0024.01.017345-8/001	ApCível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	285
1.0024.01.005433-6/001	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	53
1.0024.01.053281-0/001	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	243
1.0024.01.587447-2/001	ApCível	Belo Horizonte	Francisco L. Albuquerque	102
1.0024.01.602970-4/001	ApCível	Belo Horizonte	Manuel Saramago	93
1.0024.02.619580-0/001	ApCível	Belo Horizonte	Edgard P. Amorim	304
1.0024.02.673943-3/001	ApCível	Belo Horizonte	Maria Elza	249
1.0024.02.786769-6/001	ApCível	Belo Horizonte	Nepomuceno Silva	142
1.0024.02.790138-8/001	ApCível	Belo Horizonte	Dorival G. Pereira	151
1.0024.02.807519-0/000	ApCível	Belo Horizonte	Lucas S. V. Gomes	74
1.0024.02.831336-9/001	ApCível	Belo Horizonte	Moreira Diniz	306
1.0024.02.873911-8/001	ApCível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	308
1.0024.03.059780-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Wander Marotta	241
1.0024.03.105145-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Wander Marotta	265
1.0024.03.119005-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Edgard P. Amorim	301
1.0024.03.924548-5/001	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	247
1.0024.03.969048-2/001	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	302
1.0024.03.985440-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	47
1.0024.96.047865-9/001	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	287
1.0024.98.020686-6/001	ApCível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	50
1.0056.02.019769-7/001	ApCrim	Barbacena	Sérgio Braga	382
1.0079.03.089332-9/001	Agravo	Contagem	Cláudio Costa	181
1.0090.03.000137-5/001	ApCrim	Brumadinho	Erony da Silva	370
1.0105.02.068467-3/001	ApCível	Gov. Valadares	Eduardo Andrade	48
1.0112.01.010416-7/001	ApCível	Campo Belo	Eduardo Andrade	105
1.0188.00.003735-1/001	ApCível	Nova Lima	Orlando Carvalho	311
1.0126.03.900000-8/001	RSE	Capinópolis	Gudesteu Biber	374

1.0210.01.003751-8/001	ApCrim	Pedro Leopoldo	Reynaldo X. Carneiro 348
1.0281.02.001367-4/001	ApCrim	Guapé	Márcia Milanez 400
1.0324.02.005950-1/001	ApCível	Itajubá	Moreira Diniz 266
1.0335.03.900288-6/002	AgReg	Itapecerica	Edgard P. Amorim 321
1.0351.02.010904-4/001	ApCível	Janaúba	Edivaldo G. dos Santos 232
1.0377.03.900280-5/001	ReexNec	Lajinha	Jarbas Ladeira 230
1.0394.00.010874-3/001	ApCível	Manhuaçu	Manuel Saramago 216
1.0518.03.039067-9/001	ApCível	Poços de Caldas	Nepomuceno Silva 72
1.0702.02.018540-2/001	ApCível	Uberlândia	Geraldo Augusto 79
1.0702.99.020138-7/001	ApCível	Uberlândia	Audebert Delage 263
1.0710.03.005452-6/001	ApCível	Vazante	Maciel Pereira 100
253.713-2/00	ApCível	Areado	Schalcher Ventura 63
257.888-8/00	ApCível	Santos Dumont	Schalcher Ventura 69
260.185-4/00	PCCO	Lima Duarte	Tibagy Salles 409
301.226-7/00	MS	Belo Horizonte	Hyparco Immesi 119
301.602-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio 323
302.621-8/00	AgReg em MS	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo* 325
305.997-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Pedro Henriques 130
306.953-1/00	ApCrim	Ipatinga	Kelsen Carneiro 337
312.280-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Audebert Delage 299
312.359-3/00	ApCível	Contagem	Fernando Bráulio 215
315.354-1/00	ApCível	Juiz de Fora	Pedro Henriques 85
315.371-5/00	ApCível	Ituiutaba	Schalcher Ventura 109
317.149-3/00	ApCível	Brasília de Minas	Roney Oliveira 289
320.257-9/00	ApCrim	Divino	Herculano Rodrigues 354
320.478-1/00	Agravo	Arcos	Pinheiro Lago 260
320.584-6/00	ApCível	Sete Lagoas	Roney Oliveira 139
322.479-7/00	PCCO	Senador Firmino	Luiz C. Biasutti 328
322.482-1/00	ApCrim	Inhapim	Kelsen Carneiro 350
322.489-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho 83
322.797-2/00	ApCível	Inhapim	José F. Bueno 205
324.015-7/00	ApCível	Três Corações	Carreira Machado 201
324.156-9/00	ApCível	Pouso Alegre	Dorival G. Pereira 184
324.457-1/00	Agravo	Abre-Campo	Hyparco Immesi 255
325.007-3/00	ApCrim	Viçosa	Tibagy Salles 416
325.693-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa 211
326.375-3/00	ApCrim	Juiz de Fora	Luiz C. Biasutti 367
327.632-6/00	ApCível	Ubá	Nilson Reis 220
328.043-5/00	ApCrim	Belo Horizonte	Erony da Silva 340
329.991-4/00	ApCível	Itaúna	Hyparco Immesi 159
330.261-9/00	Agravo	Belo Horizonte	Lamberto Sant'Anna 51
331.672-6/00	ApCível	Virginópolis	José D. F. Esteves 71
332.092-6/00	Agravo	Belo Horizonte	Lamberto Sant'Anna 280
334.210-2/00	ApCível	Ibiraci	Ernani Fidélis 166
334.360-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Roney Oliveira 210
334.372-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira 155
334.804-2/00	ApCrim	Oliveira	Antônio C. Cruvinel 327
334.819-0/00	ApCível	Uberlândia	Kildare Carvalho 62
334.894-3/00	ApCível	Perdizes	Brandão Teixeira 224
334.931-3/00	ApCível	Congonhas	Corrêa de Marins 273
334.939-6/00	ApCrim	Mantena	José Antonino B. Borges 412
335.126-9/00	MS	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira 213
336.020-3/00	ApCível	Passa-Quatro	Hyparco Immesi 161
336.313-2/00	ApCível	Ipatinga	Pinheiro Lago 296
337.052-5/00	ApCível	Gov. Valadares	José D. F. Esteves 245
337.283-6/00	MS	Belo Horizonte	Cláudio Costa* 111
337.313-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Maria Elza 291
337.430-3/00	Agravo	Belo Horizonte	Almeida Melo 219
337.769-4/00	ApCível	Uberaba	Jarbas Ladeira 126
338.348-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira 250
338.491-4/00	ApCrim	Gov. Valadares	Kelsen Carneiro 360
339.003-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio 309
339.428-5/00	ApCrim	Sta. R. de Caldas	Jane Silva 346
339.629-8/00	CNJ	Cel. Fabriciano	Kelsen Carneiro* 44
339.840-1/00	ApCível	Contagem	Edivaldo G. dos Santos 268
340.660-0/00	ApCível	Jacinto	Ernane Fidélis 136
340.713-7/00	ApCível	Sete Lagoas	José D. F. Esteves 123
341.307-7/00	Agravo	Campina Verde	Corrêa de Marins 272
341.466-1/00	ApCível	Miradouro	Wander Marotta 315
341.829-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani 176
342.882-8/00	ApCível	Paraopeba	Cláudio Costa 240
342.937-0/00	ApCível	Peçanha	Nilson Reis 209
343.650-8/00	ApCível	Uberaba	Alvim Soares 199
344.472-6/00	ApCrim	Gov. Valadares	Erony da Silva 334
344.547-5/00	AI	Paracatu	Lamberto Sant'Anna 275
344.654-9/00	ApCrim	Uberlândia	Herculano Rodrigues 363
344.867-7/00	ApCrim	Ouro Preto	Reynaldo X. Carneiro 359
345.038-4/00	Agravo	Entre-Rios de Minas	Caetano Levi Lopes 281
345.404-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes 238
345.616-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto 116
345.800-7/00	ApCível	Uberlândia	Kildare Carvalho 108
346.242-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Silas Vieira 146
346.356-9/00	ApCrim	Oliveira	Jane Silva 356
346.718-0/00	Agravo	Belo Horizonte	Eduardo Andrade 59
346.834-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares 203
347.688-4/00	ApCível	Inhapim	Moreira Diniz 293
347.740-3/00	ApCível	Águas Formosas	Corrêa de Marins 262
348.092-8/00	ApCível	Pouso Alegre	Célio César Paduani 227
348.669-3/00	ApCrim	Ponte Nova	Edelberto Santiago 387
348.820-2/00	RSE	Patrocínio	Herculano Rodrigues 331
349.187-5/00	ApCrim	Teófilo Otoni	Márcia Milanez 394
349.192-5/00	ApCível	Ubá	Lucas S. V. Gomes 208
349.203-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Pedro Henriques 94
349.274-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Nilson Reis 149
349.482-0/00	ApCível	Belo Horizonte	José F. Bueno 234
349.495-2/00	RecOf	Teófio Otoni	José Antonino B. Borges 392
349.712-0/00	RevCrim	Uberlândia	Reynaldo X. Carneiro* 352
350.545-0/00	ApCível	Itaúna	Célio César Paduani 66
350.689-6/00	ApCível	Mateus Leme	Maciel Pereira 61
351.531-9/00	ApCível	Rio Preto	Silas Vieira 163
351.705-9/00	ApCível	Pouso Alegre	Francisco L. Albuquerque 76
351.750-5/00	ApCrim	Perdões	Antônio C. Cruvinel 333
351.967-5/00	ApCrim	Tombos	Jane Silva 342
351.976-6/00	ApCível	Contagem	Francisco L. Albuquerque 114
351.990-7/00	RecAg	João Monlevade	Antônio C. Cruvinel 345
352.018-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Silas Vieira 89
352.311-5/00	Agravo	Juiz de Fora	Edivaldo G. dos Santos 257
352.313-1/00	Agravo	Belo Horizonte	Nepomuceno Silva 56
352.315-6/00	Agravo	Belo Horizonte	Almeida Melo 223
352.443-6/00	ApCível	Vazante	Carreira Machado 276

352.690-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Audebert Delage 279
352.744-7/00	ApCível	Juiz de Fora	José F. Bueno 171
354.300-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival G. Pereira 283
354.327-9/00	ApCível	Abre-Campo	Maciel Pereira 106

Obs.: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais - SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
25.416-MG	*Habeas Corpus*	Gilson Dipp	426
300.184-SP	Recurso Especial	Franciulli Neto	421
523.485-RS	Recurso Especial	José Arnaldo da Fonseca	429
533.908-RS	Recurso Especial	Teori Albino Zavascki	424

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
83.177-0-PI	Rec. Ord. em *Habeas Corpus*	Nelson Jobim	435
83.542-2-PE	*Habeas Corpus*	Sepúlveda Pertence	440
83.860-0-DF	*Habeas Corpus*	Carlos Velloso	445
402.035-1-SP	Ag. Reg. no Rec. Extraordinário	Ellen Gracie	433
426.761-9-SP	Ag. Reg. no Ag. de Instrumento	Carlos Velloso	434

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABSOLVIÇÃO - V. **Estupro** **360**

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - Configurada de maneira inequívoca a causa excludente de culpabilidade - inimputabilidade por doença mental -, a hipótese é de absolvição sumária, com a aplicação da medida de segurança cabível, pois a inimputabilidade insere-se na regra do art. 411 do CPP, devendo, quando possível, ser apreciada já no juizo de formação da culpa, e não pelo Júri. - Inimputabilidade - Medida de segurança - Excludente de culpabilidade **331**

ABSORÇÃO - V. **Consunção** **333**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - O Ministério Público é parte ativa ilegítima para propor ação civil pública, visando anular edital de concurso público em que se prevê pontuação desproporcionada de títulos, uma vez que o prejuízo relacionado a tal pontuação só pode ser individual, razão pela qual compete ao próprio interessado alegar, e não ao *Parquet*, dada a inexistência de interesse coletivo.

- V.v.: - Tratando-se de apontamento de irregularidade em edital, a questão se torna *erga omnes* e, por isso, de direito público, ficando em segundo plano o interesse de qualquer candidato, devendo-se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo de ação civil pública para anulação do edital que traz previsão de pontuação de títulos desproporcional. - Edital de concurso público/anulação - Concurso Público - anulação de edital - Ministério Público - Ilegitimidade ativa *ad causam* **166**

- V. **Ação popular** **184**

AÇÃO DECLARATÓRIA - V. **Contrato/revisão** **308**

AÇÃO PENAL - V. **Atentado violento ao pudor** **359**

AÇÃO PENAL - TRANCAMENTO - A ausência de menção do fato delituoso na procuração outorgada pelo querelante pode ser sanada a qualquer tempo, em conformidade com o art. 568 do CPP, não constituindo motivo para o trancamento da ação penal, mormente se da queixa-crime constam todos os elementos necessários para a exata compreensão da imputação que é feita ao paciente, de forma a possibilitar-lhe o manejo da mais ampla defesa. - Queixa-crime - Ampla defesa - Prova - *Habeas corpus* - Autoria **385**

- V. **Extinção da punibilidade** **398**

AÇÃO PENAL PÚBLICA - V. **Ministério Público** **409**

AÇÃO POPULAR - V. **Vereador** **71**

- Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação popular e ação civil pública por improbidade administrativa, as finalidades de ambas as demandas não se confundem, de tal sorte que uma ação não se presta para substituir a outra, pois, enquanto a primeira é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória em perdas e danos, a segunda é precipuamente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, nos termos da doutrina e normas de regência.

- Não havendo lesividade ao erário, no aspecto puramente material, considerando-se que o pedido da ação popular se cinge ao ressarcimento de dano material aos cofres municipais, uma vez comprovada nos autos a conclusão das obras objeto da licitação, somada à existência de outras realizadas pela mesma construtora, e não pagas pelo município, mediante constatação de perícia, não há falar-se em procedência da ação, visto que, para tanto, exige-se a ocorrência concomitante de ilegalidade e lesividade ao ente público. Sem os três requisitos essenciais, traduzidos na condição de eleitor, na ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.

- V.v.: - Não restando provada a compensação alegada nem a realização das obras por parte da construtora, comprovados, assim, os pressupostos da ilegalidade e lesividade ao erário, impõe-se a manutenção de parte da sentença que declarou nulo o contrato que deu origem à ação popular. - Improbidade administrativa - Ação civil pública - Lesividade ao erário - Sentença **184**

ACIDENTE - V. **Indenização** **268**

ACIDENTE DE TRÂNSITO - V. **Seguro obrigatório** **139**

ACORDO - V. **Alimentos** **56**

ACORDO - LEGITIMIDADE DE PARTE - V. **Sindicato** **151**

ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES - V. **Conselheiro administrativo de entidade fechada/destituição** **287**

ADICIONAL - V. **Insalubridade** **249**

ADICIONAL - SUPRESSÃO - V. **Procedimento administrativo** **79**

ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - V. **Execução de obrigação de fazer** **309**

ADOÇÃO - O art. 1.626 do CC/02 não se aplica aos casos de adoção em que o adotado faleceu em data anterior à entrada em vigor do referido diploma legal. - Adotado falecido - Inventário de bens do adotante - Habilitação - Representação **51**

ADOTADO FALECIDO - V. **Inventário** **51**

- V. **Adoção** **51**

AGRAVANTE - O fato de a agravante não ter sido citada expressamente na denúncia é irrelevante, pois o réu defende-se dos fatos nela narrados, e não da capitulação que lhes é dada pelo Promotor de Justiça. - Lesões corporais **340**

AGRAVANTE GENÉRICA - V. **Homicídio culposo** **416**

AGRAVO - Do despacho que determina a manutenção de peça de impugnação à contestação nos autos apenas para a preservação da memória do processo não cabe agravo, por se tratar de mero despacho ordinário, sem conseqüência jurisdicional, dada a ausência de qualquer lesividade, porquanto a permanência ou não daquelas razões no processo em nada influi para o deslinde da causa. - Impugnação à contestação - Despacho ordinário - União estável - Sociedade de fato - Concubinato impuro **171**

- Tratando-se de agravo, o fato de os nomes dos advogados do agravante não constarem nas razões recursais, mas apenas na procuração, mormente se não se verifica a existência de prejuízo à parte contrária, não pode impedir o prosseguimento do recurso sob alegação de ofensa aos arts. 524, III, e 525, I, do CPC, pois isso seria privilegiar um exagerado apego à forma, o que contraria a processualística moderna. - Prazo recursal - Processualística moderna - Falência - Habilitação de crédito **270**

- V. **Descumprimento de diligência** **281**

AGRAVO REGIMENTAL - As hipóteses de agravo regimental contra despacho ou decisão de relator de agravo de instrumento são, por força do art. 329 do RITJMG, as limitadas nos incisos I e II do art. 527 do Código de Processo Civil, não cabendo aquele recurso contra despacho que decide pedidos de efeitos suspensivo ou de antecipação de pretensão recursal. **321**

ALEGAÇÕES FINAIS - V. **Prisão preventiva** ... **389**

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - V. **Penhora** **280**

ALIMENTOS - Em sede de pretensão alimentar, os avós só podem ser acionados após ter sido esgotada a ação contra o genitor. Somente em hipóteses especiais como devolução de cheques sem provisão do pai-alimentante ou de este morar na casa dos genitores por incapacidade econômico-financeira, os avós podem ser acionados. Também se enquadra, neste rol, a hipótese *sub judice*, em que o pai da menor está há dois anos ou mais no exterior sem dar notícia à mãe da menor e muito menos sem visitar a filha, fatos que até mesmo impedem a propositura da ação de alimentos contra o mesmo, justificando o pedido contra os avós paternos. - Avós **47**

- Em sede de *habeas corpus*, somente cabe examinar a licitude da obrigação, o direito e a razão da plausibilidade do recurso. Se a alimentada busca o seu crédito, que, na impontualidade, na execução, não foi atendido, a prisão civil administrativa, que no direito pátrio guarnece as hipóteses da inadimplência alimentar, se impõe, não podendo ser concedida a ordem de *habeas corpus* pretendida, restando prejudicados os temas da idade do filho, ou de possibilidade de composição, que devem vir em ação própria. - Inadimplência - Prisão civil - *Habeas corpus* **55**

- Tratando-se de ação de execução de alimentos, não constitui constrangimento ilegal a decretação de prisão por dívida alimentar pretérita, mormente quando é injustificável a desídia do devedor em quitar suas obrigações, tendo descumprido acordo celebrado. O caso concreto é que determinará a possibilidade ou não da prisão, já que inexiste regra cogente vinculativa no sentido de fixá-la no limite temporal de débito alimentar por 3 (três) meses. - Prisão civil **56**

- A fixação da prestação alimentar não obedece a padrões pré-fixados. Havendo filhos de relacionamentos diferentes, as pensões podem ser diferentes, desde que sejam arbitradas conforme a necessidade de cada um.

- Sendo certa a paternidade, o pai deverá prestar alimentos procurando atender às necessidades básicas do filho; entretanto, se o percentual fixado na sentença se revela elevado, deve ser reduzido para valor compatível com o binômio necessidade/possibilidade verificado no caso concreto. **106**

- A decisão que, em ação de execução de pensão alimentícia, designa audiência em Central de Conciliação é correta, pois, além de vir ao encontro da agilização das causas que lhe competem, está fundamentada na Resolução 407/03 da Corte Superior deste Tribunal, que impõe a supervisão das sessões de conciliação e a homologação de acordos por um juiz-orientador.

- V.v.: - A autorização constitucional conferida aos tribunais para tratar de norma procedimental em matéria processual tem natureza de poder normativo secundário, e não primário. Por essa razão, as normas provenientes dos tribunais não podem inovar o ordenamento jurídico, podendo apenas implementar a legislação federal processual. Assim, o dispositivo da Resolução 407/2003, da Corte Superior do Tribunal de Justiça, que cria audiência prévia conciliatória em procedimentos para os quais o legislador competente não a estabeleceu em texto de lei é ilegal, em caráter parcial, por afrontar o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante. - Central de conciliação - Audiência prévia conciliatória **181**

ALIMENTOS - ACORDO REFERENDADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - V. **Título executivo extrajudicial** **108**

- V. **Coisa julgada** **272**

ALVARÁ JUDICIAL - V. **Seguro obrigatório** ... **139**

AMPLA DEFESA - V. **Devido processo legal** **240**

- V. **Ação penal/trancamento** **385**

ANULAÇÃO DE EDITAL DE CONCURSO - V. **Ilegitimidade ativa *ad causam*** **166**

ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL C/C INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - V. **Registro Civil** **126**

APELAÇÃO EM LIBERDADE - O réu condenado por tráfico de drogas, crime considerado hediondo, que desaparece do distrito da culpa, tendo o oficial de justiça certificado nos autos, de maneira regular, que o mesmo se encontra em local incerto e não sabido, não pode aguardar em liberdade o julgamento da apelação, revestindo-se de legalidade a sentença condenatória que condiciona o recebimento do apelo ao recolhimento do réu à prisão, a teor do art. 594 do CPP, se a mesma se encontra devidamente fundamentada, de acordo com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. - Tráfico - Sentença - Réu desaparecido do distrito da culpa - Recolhimento de réu à prisão **378**

- V. **Liberdade Provisória** **380**

APOSENTADORIA - V. **Ipsemg** **116**

APOSTILAMENTO - V. **Magistério** **83**

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - Comete crime de apropriação indébita, na forma qualificada (art. 168, III, do CP), o agente que, na condição de advogado, recebe indenização de seguro obrigatório (DPVAT) e não repassa os valores ao seu cliente, deles se apropriando. - Crime cometido por advogado - Falsificação de documento particular - Denúncia - Princípio da consunção - Consunção - Pena - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Reincidência **393**

ARREMATAÇÃO - V. **Penhora** **250**

ARRENDAMENTO RURAL - V. **Despejo** **262**

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - O benefício da assistência judiciária gratuita é descabido se a prova de rendimentos juntada aos autos demonstra que os requerentes possuem capacidade financeira para arcar com as custas do processo, mormente quando litigarem em litisconsórcio ativo facultativo, resultando as despesas com antecipação de custas em valores módicos para cada um e

estiverem representados pelo mesmo profissional. - Litisconsórcio ativo facultativo 263

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - V. **Crime contra os costumes** 352

- A aplicação da hipótese prevista no inciso VIII do art. 107 do CP tem o objetivo de resguardar a nova família que está constituída, e a extinção da punibilidade faz sepultar a lembrança do registro que marcou a vida da ofendida. - Casamento de vítima com terceiro - Ação penal - Prazo decadencial - Extinção de punibilidade 359

ATENUANTE - V. **Confissão espontânea** 367

ATO ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO - V. **Devido processo legal** 79

ATO DE JUIZ DA TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL - V. **Mandado de segurança** 318

ATO - VALIDADE - Não se invalida o ato com base na teoria dos motivos determinantes, se, em um conjunto de motivos que determinaram a prática do ato, apenas um não se conforma com a realidade existencial. - Teoria dos motivos determinantes - Informações processuais por via telefônica - Princípio do devido processo legal - Princípio da publicidade - Mandado de segurança 35

ATROPELAMENTO - V. **Júri** 363

AUDIÊNCIA PRÉVIA CONCILIATÓRIA - V. **Alimentos** 181

AUTO DE INFRAÇÃO - Para descaracterização do auto de infração, exige-se prova inequívoca em face da presunção de sua legitimidade. - ICMS - Exportação - Laudo pericial - Preclusão 130

- V. **Princípio da legalidade** 201

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - V. **Prisão em flagrante** 414

AUTORIA - V. ***Habeas corpus*** 385

- V. **Prisão preventiva** 414

AUTORIA DELITIVA - V. **Estupro** 360

AVISO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - Nº 13 GACOR/2002 35

AVÓS - V. **Alimentos** 47

- B -

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E DE SAÚDE - V. **Convênio** 116

- V. **Ipsemg** 116

BENS MÓVEIS - V. **Impenhorabilidade** 74

- C -

CALÚNIA, DIFAMAÇÃO OU INJÚRIA - V. **Dano moral** 163

CÂMARA MUNICIPAL - DECISÃO PLENÁRIA - V. **Vereador** 71

CARÁTER PROTELATÓRIO - V. **Embargos de declaração** 199

CARÊNCIA DE AÇÃO - V. **Embargos do devedor** 72

CASAMENTO - V. **Comunhão parcial de bens** 199

- V. **Regime de bens** 293

CASAMENTO DE VÍTIMA COM TERCEIRO - V. **Atentado violento ao pudor** 359

CAUÇÃO - V. **Antecipação de tutela** 69

CAUTELAR - V. **Separação de corpos** 255

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - V. **Contrato bancário** 102

- Não se aplica a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para o fim de se reduzir multa de 10% fixada para a cobrança judicial de cédula de crédito industrial, devendo prevalecer, na espécie, a legislação específica (Dec.-lei nº 413/69). - Cobrança - Multa 210

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - Em ação ordinária em que o produtor rural visa à renegociação do débito relativo a cédulas rurais pignoratícias, ainda que esta seja conforme as regras inerentes à securitização, o valor da causa deve equivaler ao do contrato, nos termos do art. 259 do CPC.

- O alongamento da dívida rural constitui direito subjetivo do mutuário, e não mera faculdade das instituições financeiras e dos agentes financeiros do sistema nacional de crédito rural, impondo-se-lhes o poder-dever de proceder à securitização das dívidas dos produtores rurais, desde que satisfeitas as exigências legais, na forma, tempo e modo próprios, de acordo com a Lei nº 9.138/95, com os acréscimos da Lei nº 10.437/02.

- Se o devedor rural se encontra inadimplente com suas obrigações e não requereu tempestivamente o alongamento da dívida originária do crédito rural, segundo as normas expressas nas Leis nºs 9.138/95 e 10.437/02, não faz ele jus ao alongamento pleiteado, eis que não se amolda aos requisitos autorizadores da benesse. Não tendo o devedor demonstrado o cumprimento dos requisitos legais, não pode o Judiciário impor ao credor a obrigatoriedade do alongamento. - Crédito rural - Valor da causa 312

CENTRAL DE CONCILIAÇÃO - V. **Alimentos** 181

CERCEAMENTO DE DEFESA - A teor do art. 322 do CPC, inexiste cerceamento de defesa quando se deixa de intimar o revel para os atos do processo. - Revel - Loteamento irregular - Registro de imóveis 114

CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA - V. **Extinção da punibilidade** 398

CITAÇÃO - A irregularidade da citação é suprida pelo comparecimento espontâneo da parte em juízo, apresentando ampla defesa, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, máxime diante da ausência de prejuízo para a parte. - Lançamento tributário - Notificação por edital - Prescrição - Crédito tributário - Imunidade recíproca - Serviços de limpeza e iluminação públicas - Taxas municipais 94

- O comparecimento espontâneo do executado supre a nulidade da citação. - Penhora - Veículo - Alienação fiduciária 280

CLÁUSULAS CONTRATUAIS - V. **Contrato/revisão** 308

CLÁUSULAS RESTRITIVAS GRAVADAS EM IMÓVEL - REVOGAÇÃO - V. **Competência recursal** 48

COBRANÇA - V. **Cédula de crédito industrial** 210

- V. **Multas tributárias** 279

- V. **Ensino superior** 323

CÓDIGO CIVIL/1916
- Art. 269 199
- Art. 485 82
- Art. 524 82
- Art. 765 82
- Art. 1.046 424

CÓDIGO CIVIL/2002
- Art. 381 424
- Art. 591 102
- Art. 1.626 51
- Art. 1.639, § 2º 293
- Art. 1.659 199
- Art. 1.659, V 76
- Art. 2.039 293
- Art. 2.043 334

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA - V. **Sigilo profissional** 219

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 6º 243
- Art. 20, § 4º 146
- Art. 21 76
- Art. 41 223
- Art. 43 223
- Art. 47 126
- Art. 105 151
- Art. 132 151
- Art. 145, § 1º 130
- Art. 191 281
- Art. 214, § 1º 94
- Art. 259 312
- Art. 322 114
- Art. 458, I a III 184
- Art. 524, III 270
- Art. 525, I 270
- Art. 526 281
- Art. 527, I e II 321
- Art. 538, parágrafo único 199
- Art. 585, II 108/283
- Art. 591 250
- Art. 632 309
- Art. 641 309
- Art. 655, X 280
- Art. 668 250
- Art. 685, I 250
- Art. 807 272
- Art. 1.018, *caput* e parágrafo único 296
- Art. 1.117 250
- Art. 1.118 250
- Art. 1.119 250

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 38 360
- Art. 71 404

- Art. 84, § 2º 63
- Art. 206 356
- Art. 208 356
- Art. 311 403
- Art. 312 378
- Art. 408 440
- Art. 411 331
- Art. 475 416
- Art. 563 416
- Art. 568 385
- Art. 594 378
- Art. 623 352
- Art. 804 400

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
- Art. 162, I 245
- Art. 309 327

CÓDIGO PENAL
- Art. 23, III 392
- Art. 44 412
- Art. 61, II, *a* 416
- Art. 61, II, *f* 340
- Art. 77, I 400
- Art. 77, § 2º 367
- Art. 107, VIII 359
- Art. 168, III 393
- Art. 184, § 2º 414
- Art. 225, § 1º, I 382
- Art. 229 370
- Art. 298 393
- Art. 329, §§ 1º e 2º 400

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 111 130
- Art. 145 94
- Art. 174 94

COISA JULGADA - A teor dos arts. 13, § 1º, e 15 da Lei nº 5.478/68 c/c o art. 807 do CPC, os efeitos da coisa julgada não alcançam nova decisão que fixa alimentos provisórios. Portanto, pode o juiz, se novas provas o convencerem, alterar o valor dos alimentos inicialmente fixados para valor compatível com a realidade das partes. - Alimentos - Verba alimentar 272

- V. **Falência** 276

- Verifica-se a coisa julgada material quando já existe para a lide sentença de mérito contra a qual não mais cabe recurso, o que torna imutável entre as partes a relação jurídica decidida. - Extinção do processo 285

- V. **Extinção da punibilidade** 398

COMARCA DO INTERIOR - V. **Prazo** 257

COMÉRCIO DE REVISTA IMPRÓPRIA PARA MENORES - V. **Menor** 304

COMPANHEIRA - V. **Competência** 300

COMPETÊNCIA - O servidor contratado sem concurso público, ao arrepio do inciso II do art. 37 da Carta Magna, pela Administração Pública, que adotou o regime jurídico único, submete-se ao regime das leis trabalhistas. Assim, compete à Justiça do Trabalho julgar demanda em que o servidor pleiteia verbas referentes ao seu emprego, na forma do art. 114, *caput*, da Constituição da República. - Incompetência absoluta - Servidor contratado/verbas salariais 224

- É competente para apreciar e julgar medida cautelar que objetiva a reserva de bens, formulada por ex-companheira em face do espólio e dos herdeiros, o juízo no qual tramita a ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade fato. - Direito sucessório - Reserva de bens - Companheira .. 300

- V. **Mandado de segurança** 318

- Tratando-se de infração permanente, praticada em dois ou mais lugares, a competência se estabelece pela prevenção do juiz que primeiro atuou no processo, a teor do art. 71 do Código de Processo Penal. - Prevenção - Tráfico e formação de quadrilha - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* 404

- Nos termos do art.106, incisos I, letra *d*, e II, letra *h*, da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* impetrado por paciente preso em flagrante por prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, que comina pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão. - *Habeas corpus* - Prisão em flagrante - Auto de prisão em flagrante - Prisão preventiva - Crime contra a propriedade industrial - Autoria - Materialidade do delito - Reincidência 414

COMPETÊNCIA CONCORRENTE - As normas contidas nos arts. 23, inciso VI; 30, incisos I e II; e 225, todos da CF/88, bem assim a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente (art. 24, inciso VI) da Constituição Federal não excluem a competência do Município para legislar, supletivamente, na defesa do meio ambiente, buscando suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais. - Município - Meio ambiente 146

COMPETÊNCIA RECURSAL - Não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre a validade jurídica ou formal nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes, é do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. - Imóvel recebido por sucessão - Cláusulas restritivas gravadas em imóvel/revogação 48

COMPETÊNCIA RECURSAL CRIMINAL - Se, em face de entendimento do Ministério Público, endossado pelo juiz do Juizado Especial, no sentido de que o feito era complexo, a competência se fez deslocada do Juizado Especial Criminal para o Juízo Criminal da Justiça comum, o julgamento do recurso é de responsabilidade do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal.

- Sendo o réu processado e julgado pela Justiça comum, não cabe à Turma Recursal do Juizado Especial apreciar eventual recurso, ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, sob pena de violação ao princípio do juiz natural. - Conflito negativo de jurisdição (Turma Recursal do Juizado Especial Criminal e Tribunal de Alçada) - Infração de menor potencial ofensivo - Princípio do juiz natural - Juizado Especial Criminal (Turma Recursal) 44

COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - A teor do art. 269 do Código Civil de 1916, hoje art. 1.659 do novo Código Civil, tratando-se de casamento realizado sob o regime da comunhão parcial, está excluído da comunhão o bem adquirido com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares. - Casamento - Partilha de bens - Separação judicial - Embargos de declaração - Caráter protelatório - Multa 199

COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA - V. **Sigilo/quebra** 213

COMUTAÇÃO DE PENA - V. **Indulto natalino** 376

CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - V. **Ônus da prova/inversão** 161

CONCUBINA - V. **Falso testemunho** 356

CONCUBINATO IMPURO - V. **União estável** ... 171

CONCURSO MATERIAL - V. **Resistência** 400

CONCURSO PÚBLICO - Os candidatos aprovados em concurso público além do número de vagas oferecidas pelo edital não podem alegar preterição ou postular direito à nomeação, ao se criarem novas vagas, ou quando da nomeação dos aprovados em novo certame, mormente se ainda existirem candidatos melhor classificados para serem nomeados.

- V.v.: - A nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o preenchimento de vagas existentes antes de escoado o prazo de validade do concurso anterior, em detrimento de candidatos já aprovados e classificados como excedentes, viola direito líquido e certo destes. 85

- V. **Servidor** 136

- V. **Improbidade administrativa** 230

- Os parâmetros alusivos ao concurso público hão de estar previstos no edital. É vedado à Administração impor aos candidatos requisitos não consignados na lei do concurso, não lhe sendo permitido criar novas exigências, com base em norma legal editada após a realização do certame.

- Se o candidato é cego do olho direito e deficiente parcial do olho esquerdo, sendo incapaz de desempenhar suas atividades dentro de um padrão normal, preenche ele os requisitos da Lei nº 11.867/95, não tendo aplicação o Decreto Federal nº 3.298/99, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

- V.v.: - Se a norma que define reserva de vagas para deficiente físico, consignada no edital de concurso do Estado (art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.867/95), tem eficácia limitada, na medida em que não estabelece objetivamente os critérios para definição de determinada pessoa como deficiente física, conduzindo à subjetividade do intérprete, admite-se, analogicamente, a aplicação da norma que regulamenta a matéria em nível federal (Decreto nº 3.298/99), na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ainda que o ato administrativo estadual, que determina a observância dessa norma federal, tenha sido editado após a realização do concurso. - Deficiente físico - Princípio da irretroatividade das leis 234

CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO DE EDITAL - V. **Ação civil pública** **166**

CONCURSO MATERIAL - V. **Continuidade delitiva** **405**

CONEXÃO - As ações cautelar e principal devem ser julgadas simultaneamente, em decorrência da conexão entre elas, a fim de evitar delongas desnecessárias e atender ao princípio da economia processual. - Princípio da identidade física do juiz - Sindicato - Legitimidade de parte **151**

CONFISSÃO ESPONTÂNEA - A teor da Súmula nº 43 deste Tribunal, a circunstância atenuante de confissão espontânea não se aplica, tendo em vista a fixação da pena em seu patamar mínimo. - Corrupção de menores - Atenuante - Furto/tentativa - Pena - *Sursis* **367**

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO (TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL E TRIBUNAL DE ALÇADA) - V. **Competência recursal criminal** **44**

CONFUSÃO - V. **Honorários de advogado** (STJ) **424**

CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - V. **Energia Elétrica** **161**

CONSELHEIRO ADMINISTRATIVO DE ENTIDADE FECHADA - DESTITUIÇÃO - Estando previamente fixado o prazo do mandato de conselheiro de administração de entidade fechada, é ilegal o ato que o destitui antes do final do prazo previsto no estatuto se não há elementos que demonstram desobediência à legislação respectiva e que possibilitem a destituição pretendida.

- Nos termos dos arts. 31 e 39, § 4º, da Lei nº 6.435/77, as entidades fechadas podem remunerar seus conselheiros desde que, na hipótese de acumulação de funções, o interessado opte por apenas uma das remunerações; se isso não ocorre, é indevido o recebimento da gratificação pretendida, em virtude de expressa vedação legal.

- V.v.p.: - Tratando-se de mandato de conselheiro de administração de entidade fechada, a fixação do limite temporal não constitui direito adquirido do designado para o cargo, servindo apenas para não torná-lo indefinido, havendo a hipótese de sua destituição e substituição por outro, conforme o interesse da patrocinadora designante. - Acumulação de funções **287**

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
- Art. 106, I, *d* e II, *h* **414**
- Art. 106, II, *c* e *d* **48**

ADCT
- Art. 29 ..... **136**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 5º, LIV **302**
- Art. 5º, LV **155/302**
- Art. 5º, LXXIII **184**
- Art. 8º **151**
- Art. 15, III **315**
- Art. 23, VI **146**
- Art. 29, VI **205**
- Art. 30, I e II **146**
- Art. 37, II **224**
- Art. 37, XI (modificado pela EC nº 41/03) **35**
- Art. 39, § 4º **205**
- Art. 40, § 5º **89**
- Art. 40, § 7º **89**
- Art. 100, § 1º-A **260**
- Art. 100, § 3º **59**
- Art. 114, *caput* **224**
- Art. 150, VI, *a* **94**
- Art. 150, VI, *c* **93**
- Art. 150, § 4º **93**
- Art. 155, § 2º, IX, *a* **66**
- Art. 155, § 2º, X, *a* **130**
- Art. 155, § 2º, XII, *e* **130**
- Art. 182, § 4º **238**
- Art. 195, § 5º **89**
- Art. 206, IV **323**
- Art. 225 ..... **146**

ADCT
- Art. 19 ..... **136/216**
- Art. 78 ..... **260**

CONSTRANGIMENTO ILEGAL - Se as alegações do réu configuram meras irregularidades que não trazem efetivo prejuízo à defesa, não há que falar em constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*. - *Habeas corpus* - Competência - Prevenção - Tráfico e formação de quadrilha **404**

- I. A manutenção da prisão do réu, no caso, não configura constrangimento ilegal, dado que a demora no julgamento pelo Tribunal do Júri se deve aos inúmeros recursos apresentados em favor do paciente.

- II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fica superada a alegação de excesso de prazo com a superveniência da sentença de pronúncia que mantém a prisão do réu.

- III. *HC* indeferido.(STF) **444**

CONSUMIDOR - V. **Energia elétrica** **161**

CONSUNÇÃO - O crime de resistência absorve o de desacato pelo princípio da consunção, quando praticados em um mesmo episódio, pois, como é natural, quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas verbais ao executor da ordem. - Resistência e desacato - Absorção **333**

- Tendo o agente falsificado a declaração de recebimento de indenização, não para auferir vantagem patrimonial, mas para evitar responsabilidade criminal, tal falsificação não faz parte do *modus operandi* da apropriação indébita, razão pela qual não pode o crime de falso ser absorvido pelo delito de apropriação indébita, sendo inaplicável, nesse caso, o princípio da consunção. - Princípio da consunção - Apropriação indébita - Falsificação de documento particular - Crime cometido por advogado - Denúncia - Pena - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Reincidência **393**

CONTAS DE PREFEITO - Apesar de o julgamento de contas de prefeito ser político-partidário, o Judiciário pode intervir no controle dos atos que o compõem, analisando os seus motivos determinantes. - Devido processo legal - Ampla defesa **240**

CONTINUIDADE DELITIVA - O agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 não está sujeito às regras do concurso material, mas sim da continuidade delitiva, principalmente se os atos de sonegação se prolongarem por período de tempo determinado. - Extinção da punibilidade - Débito fiscal - Denúncia - Extinção da pretensão punitiva - Concurso material - Crime contra a ordem tributária **405**

CONTRADITÓRIO - V. ***Habeas corpus*** (STF) . **440**

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - V. **Policial militar** **155**

- V. **Infração de trânsito** **302**

- V. **Denúncia** **409**

CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR - V. **Improbidade administrativa** **230**

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS - V. **Improbidade administrativa** **230**

CONTRATO BANCÁRIO - Aos contratos bancários de financiamento garantidos por cédula de crédito industrial e regidos por legislação própria (Dec.-lei nº 413/69) não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- Estando expressamente previsto no Dec.-lei nº 413/69 o vencimento antecipado de toda a dívida, em caso de inadimplemento contratual, não há que se falar em nulidade da execução. - Cédula de crédito industrial - Juros moratórios **102**

CONTRATO - REVISÃO - A jurisdição, não tendo função declaratória, só revisa cláusulas contratuais para estabelecimento de efeitos concretos do processo. Não basta que o contratante cite leis variadas e peça revisão dos contratos com base em referidas leis, devendo inclusive o pedido de restituição ser expresso com o que foi pago a maior.

- Se o pedido do autor é para que o juiz faça a análise do contrato, corrigindo-o, reelaborando-o, sem que tenha indicado expressamente a causa do vício contratual e sem relatar fatos individuados e delimitados, pretendendo que o juiz apure os fatos e posteriormente declare a incidência do direito sobre o apurado, para tal fim não se presta a ação declaratória, devendo, nesta hipótese, ser extinto o processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial. - Ação declaratória - Cláusulas contratuais - Lançamento abusivo - Inépcia da inicial - Extinção do processo sem julgamento do mérito **308**

CONVÊNIO - Em se tratando de convênio, espécie de ajuste administrativo para a realização de interesses comuns, tem-se que não existe óbice legal ao seu rompimento, podendo, assim, qualquer um dos partícipes/convenentes denunciar o convênio e dele retirar-se. Contudo, rompido o vínculo, responde o partícipe/convenente pelas obrigações assumidas até então, como também deve auferir as vantagens decorrentes. - Servidor - Aposentadoria - Benefícios de previdência e saúde **116**

COPASA - V. **Indenização** **268**

CORRUPÇÃO DE MENORES - Em consonância com a mais atual orientação do colendo STJ, a corrupção de menores é crime de natureza formal, que prescinde de prova da efetiva corrupção do menor. - Furto/tentativa - Atenuante - Confissão espontânea - Pena - *Sursis* **367**

COTAS DE SOCIEDADE - V. **Penhora** **250**

- V. **Execução** **250**

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR - Os precatórios, que refletem crédito estabelecido em razão de indenização por morte fundada em responsabilidade civil do Estado, possuem natureza alimentar, ante os inequívocos comandos emanados da norma do § 1º-A do art. 100 da Carta Magna, que, por seu caráter instrumental, possui aplicação imediata.

- O fato de parte do crédito refletido no precatório referir-se à verba honorária estabelecida pela decisão judicial não possui o condão de desnaturar o caráter alimentício do aludido precatório, tendo em vista o inequívoco caráter alimentar dos honorários de advogado.

- É vedado o parcelamento do crédito de natureza alimentícia refletido em precatório conforme se infere da norma do art. 78 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000. - Precatório - Honorários de advogado **260**

CRÉDITO RURAL - V. **Cédula rural pignoratícia** **312**

CRÉDITO TRABALHISTA - V. **Falência** **276**

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - O prazo de prescrição tem início na data da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, na data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento.

- A Constituição Federal/88 exigiu lei complementar para regular a prescrição em matéria tributária, não sendo, assim, aplicáveis à espécie as disposições do § 3º do art. 2º e do § 2º do art. 8º da Lei nº 6.830/80, prevalecendo, portanto, apenas a norma prevista no art. 174 do CTN. - Prescrição - Lançamento tributário - Notificação por edital - Imunidade recíproca - Limpeza e iluminação públicas - Taxa **94**

- Tratando-se de obrigação tributária, que nasce com o fato gerador, a Fazenda Pública dispõe do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, ficando, nesse período, sujeita ao prazo decadencial. Após o lançamento, inicia-se um hiato em que não ocorre a decadência ou a prescrição, até que se confirme o crédito tributário. Confirmado o crédito tributário, surge o prazo prescricional de cinco anos, podendo nesse período ser feita a cobrança. - Penhora - Execução fiscal - Decadência - Prescrição **203**

CREDOR HIPOTECÁRIO - Sendo o credor hipotecário beneficiário do preço pago pelo imóvel hipotecado, a sua participação, como anuente no contrato de compra e venda, revela a aplicação prática do direito de seqüela e do direito de preferência, próprios do instituto da hipoteca. Entretanto, ele não tem responsabilidade pela diferença de área do aludido imóvel, pois o instituto da hipoteca não confere ao seu beneficiário os atributos dos arts. 485 e 524 do CC de 1916. Inclusive, é vedado ao credor hipotecário apossar-se do imóvel para satisfazer o seu crédito, a teor do art. 765 do aludido código. - Hipoteca - Direito de seqüela - Direito de preferência **81**

CRIME COMETIDO POR ADVOGADO - V. **Apropriação indébita** **393**

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - Nos crimes previstos no art. 50 da Lei nº 6.766/79, havendo regularização do loteamento antes do oferecimento da denúncia, deixa de existir a justa causa para a instauração da ação penal. - Loteamento irregular **342**

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - A alegação de que notas fiscais foram preenchidas por um funcionário da empresa com valores irreais, visando a redução de tributo, não exime o sócio-administrador da empresa de ser considerado o agente do crime contra a ordem tributária. - Extinção da punibilidade - Débito fiscal - Denúncia - Extinção da pretensão punitiva - Concurso material - Continuidade delitiva **405**

CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL - V. **Competência** **414**

CRIME CONTRA OS COSTUMES - Tratando-se de crime contra os costumes, praticado contra menor, a representação oferecida pela mãe da vítima é perfeitamente válida, principalmente se ela era quem tinha a guarda de fato da menor. - Revisão criminal - Atentado violento ao pudor - Representação **352**

- Nos crimes contra os costumes, dada a sua natureza clandestina, a palavra do ofendido tem especial relevo, constituindo a colúna de sustentação da estrutura probatória, máxime quando coerente, segura e em consonância com as demais provas dos autos. - Miserabilidade da vítima - Crime tentado - Pena - *Iter criminis* - Testemunha analfabeta - Nulidade **382**

CRIME CULPOSO - V. **Júri** **363**

CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - O art. 2º da Lei nº 10.259/01, ao definir o crime de menor potencial ofensivo, derrogou o art. 61 da Lei nº 9.099/95.

- Recurso não conhecido. (STJ) **429**

CRIME DOLOSO - V. **Pena** **412**

CRIME HEDIONDO - V. **Pronúncia** **374**

- V. **Indulto natalino** **376**

CRIME TENTADO - V. **Pena** **382**

CURATELA - O instituto da curatela somente é aplicável aos maiores incapazes de gerir sua pessoa e bens, não alcançando os menores, cuja proteção se dá sob a égide do poder familiar ou tutela. Portanto, o processo, no qual a mãe pleiteia a interdição de sua filha menor, deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, não só por faltar-lhe interesse processual, como também ante a impossibilidade jurídica do pedido. - Menor - Extinção do processo sem julgamento do mérito **311**

CUSTAS DO PROCESSO PENAL - Nos termos do enunciado da Súmula nº 58 do TJMG, o juridicamente miserável não fica imune à condenação das custas do processo penal (art. 804 do CPP), mas o pagamento sujeita-se à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50. - Resistência - Agressões físicas - Qualificadora - Lesão corporal - Concurso material - Desacato - Absorção - *Sursis* - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **400**

- D -

DANO AMBIENTAL - O art. 11 da Lei nº 7.347/85 impõe que o magistrado determine o cumprimento da prestação da atividade devida, ou a cessação da atividade nociva, sob pena de aplicação da pena de execução específica, ou da cominação de multa diária, independentemente de serem requeridas pelo autor. Mas, a discricionariedade ali atribuída ao julgador cinge-se à opção pela medida acessória, não à sua aplicação, que resta obrigatória em virtude da força cogente que emana da norma citada.

- Em se tratando de reparação de dano ambiental, a cominação de multa diária não é a única forma e nem sempre o meio mais adequado para compelir o réu da ação civil pública ao cumprimento da obrigação de fazer, ou de não fazer, imposta na sentença. Observado o interesse público que se visa proteger no caso concreto, há vezes em que a imposição da pena de execução específica se torna muito mais racional e importante do que a aplicação da pena pecuniária, já que, dependendo da extensão do dano causado, a multa diária jamais será suficiente para a sua reparação. Caberá ao julgador procurar fazer com que, no limite do possível, o causador do dano repare o mal feito. - Reparação - Multa **266**

DANO MORAL - Na esteira da exegese dos arts. 1º e 49, incisos I, II e § 1º, da Lei nº 5.250/67-Lei de Imprensa, a responsabilidade civil do suposto ofensor somente exsurge quando a matéria for propagada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

- Não há abuso na veiculação da notícia, quando o fato divulgado for verídico e estiver presente o interesse público na informação, caso em que, por consectário, inexiste o dever de indenizar, ainda que o noticiário seja capaz de trazer repercussão negativa no âmbito da vida social de alguém.

- Pautando os políticos em afirmações que se harmonizam com a realidade fática, acerca da administração anterior, inexiste ilegalidade em suas ações. Ao contrário, agem no exercício regular de direito, em prol do interesse público e da comunidade, a quem assiste o direito de conhecer amplamente a realidade fática dos cofres públicos. Calúnia, difamação ou injúria - Indenização **163**

- Cabe aos herdeiros do *de cujus* a legitimidade ativa para pleitear indenização em virtude de danos morais decorrentes de morte por acidente de trabalho, pois o direito que se busca pertence a eles, sendo o espólio parte ilegítima para propor a ação, pois se trata de pessoa jurídica que apenas representa os direitos e deveres transmitidos pelo falecido. - Indenização - Legitimidade ativa *ad causam* - Espólio **263**

DANOS AO ERÁRIO - RESSARCIMENTO - V. **Improbidade administrativa** **63**

DANOS MATERIAL E MORAL - V. **Indenização** **268**

DÉBITO FISCAL - V. **Extinção da punibilidade** **405**

DECADÊNCIA - V. **Crédito tributário** **203**

- V. **Estupro com violência presumida** **360**

DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - V. **Júri** **350/363**

DECRETO ESTADUAL
- Nº 33.859, de 1992 - Art. 34 ..... **249**
- Nº 39.608, de 1998 - Art. 2º **232**

DECRETO FEDERAL
- Nº 3.298, de 1999 ..... **234**
- Nº 4.495, de 2002 - Art. 7º, I **376**
- Nº 59.566, de 1966 - Art. 32 ..... **262**

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 201, de 1967, Art. 4º **315**
- Nº 413, de 1969 ..... **102**
  - Art. 58 ..... **210**
- Nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) - Art. 2º **334**
- Nº 7.661, de 1945 (Lei de Falências) - Art. 1º **283**
  - Art. 23, III, parágrafo único **279**
  - Art. 26 ..... **276**
  - Art. 61 ..... **276**
  - Art. 67, § 5º **275**
  - Art. 97, § 1º **270**

DEFENSORIA PÚBLICA - V. **Honorários de advogado** (STJ) **424**

DEFICIENTE FÍSICO - V. **Concurso público** ... **234**

DELIBERAÇÃO DO CONTRAN
- Nº 38, de 2003 - Art. 4º **302**

DENÚNCIA - V. **Prefeito** **328**

- É inepta a denúncia que qualifica como conduta típica do crime de desacato o "empurrar as mãos do delegado", ausente, ainda, a vontade de desacatar, que não foi provada pela acusação. - Desacato - Posse ilegal de arma de fogo **354**

- Se a denúncia e o aditamento foram processados em conformidade com as normas legais pertinentes, não há que se falar em nulidade da peça exordial. - Crime cometido por advogado - Apropriação indébita - Falsificação de documento particular - Princípio da consunção - Consunção - Pena - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Reincidência **393**

- V. **Extinção da punibilidade** **405**

- Se a denúncia oferecida se encontra perfeita em todos os seus aspectos, descreve fatos que constituem crime, em tese, e que não se elidiram com o oferecimento da defesa preliminar, cabe ao Colegiado recebê-la.

- Na fase inicial do processo-crime de competência originária, prevalece o brocardo *in dubio pro societate*, outorgando-se ao Ministério Público a oportunidade de provar os fatos por ele articulados na denúncia, pois só através da instrução, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, os fatos poderão ser devidamente esclarecidos. - Processo-crime de competência originária - Ação penal pública - Ministério Público - *In dubio pro societate* - Contraditório e ampla defesa **409**

DENUNCIAÇÃO - V. **Sucumbência** **243**

DESACATO - V. **Denúncia** **354**

DESAFORAMENTO - I. Não há ilegalidade no indeferimento do pedido de desaforamento, se evidenciada a ausência dos pressupostos legais para tanto.

- II. Sobressai a parcialidade do juiz-presidente do Tribunal do Júri para a condução do julgamento do paciente, se evidenciado que o magistrado exarou manifestação prévia sobre um fato que seria levado a julgamento sob a sua presidência - tanto quando do debate televisivo, em que fez considerações sobre o paciente, quanto na oportunidade em que ressaltou aos jurados da causa detalhes do caso a ser levado a julgamento, possivelmente avançando na análise do fato criminoso.

- III. Se a presença de tais fatos não é o bastante para atestar a falta de isenção dos jurados e julgar procedente o pedido de desaforamento, o é para confirmar a parcialidade do juiz no julgamento do caso.

- IV. Ordem concedida para determinar o afastamento do Juiz José Armando Pinheiro da Silveira da presidência do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora-MG. (STJ) **426**

DESAPROPRIAÇÃO - V. **Ministério Público** .. **273**

DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME - V. **Júri** **363/416**

DESCUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA - Ao agravado não basta alegar o descumprimento da diligência determinada no art. 526 do CPC. Deve também provar a omissão do agravante, nos exatos termos do parágrafo único da mesma norma legal. Ausente a prova, rejeita-se a alegação. - Agravo - Litisconsórcio - Reintegração de posse - Agravo - Prova - Liminar **281**

DESPACHO ORDINÁRIO - V. **Agravo** **171**

DESPEJO - A ação cabível para o arrendante reaver o imóvel objeto de arrendamento rural, uma vez findo o prazo contratual ou de renovação, é a de despejo, conforme previsto expressamente no art. 32 do Decreto 59.566/66. - Arrendamento rural **262**

DEVEDOR FALIDO - V. **Multas tributárias** **279**

DEVIDO PROCESSO LEGAL - A Constituição Federal impõe a observância ao devido processo legal em todos os feitos judiciais e administrativos, e um de seus principais fundamentos consiste na motivação das decisões, única forma de se assegurar o direito à ampla defesa. - Ampla defesa - Contas de prefeito **240**

DILAÇÃO PROBATÓRIA - Havendo necessidade de dilação probatória, inadmissível o seu reconhecimento na via estreita do *mandamus*. - Mandado de segurança - ICMS **299**

DIREITO ADQUIRIDO - V. **Teto remuneratório** **37**

DIREITO DE PREFERÊNCIA - V. **Credor hipotecário** **81**

DIREITO DE SEQÜELA - V. **Credor hipotecário** **81**

DIREITO SUCESSÓRIO - V. **Competência** **300**

DIREITOS POLÍTICOS - SUSPENSÃO - A suspensão dos direitos políticos é uma conseqüência da condenação, não devendo a sentença sobre ela se manifestar, salvo para determinar ou não a comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral. - Falso testemunho - União estável - Concubina **356**

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR - Juiz Coronel Jair Cançado Coutinho - Notas e comentários **29**

DISPENSA DE LICITAÇÃO - V. **Prefeito** **328**

DISPENSA DE PROCLAMAS - V. **Suprimento de idade para casamento** **209**

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - V. **Execução** .. **250**

DÍVIDA ATIVA - V. ***Habeas data*** **291**

DIVÓRCIO - V. **Partilha de bens** **159**

DOLO - V. **Resistência** **346**

DOUTRINA - Trato legal para o Direito Falimentar brasileiro e sua evolução para o atual paradigma - Dr.ª Márcia de Paoli Balbino **17**

DROGARIA E *DRUGSTORE* - A Lei nº 5.991/73, alterada pela Lei nº 9.069/95, que disciplina o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, permite a comercialização, no mesmo estabelecimento, de produtos referentes a drogaria e farmácia concomitantemente aos relativos a *drugstore*, desde que respeitadas as exigências legais. - Princípio da legalidade - Auto de infração **201**

- E -

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO - V. **Ação civil pública** **166**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - A inexistência de demonstração, nos autos, do caráter protelatório dos embargos de declaração opostos impede a condenação do recorrente ao pagamento da multa estabelecida no parágrafo único do art. 538 do CPC. - Separação judicial - Partilha de bens - Caráter protelatório - Multa - Casamento - Comunhão parcial de bens **199**

EMBARGOS DE TERCEIRO - V. **Execução fiscal** **72**
- A compra e venda de um bem móvel, por si só, aperfeiçoa-se no momento da tradição, e a obrigação pública de registrá-lo não constitui óbice à sua transmissão. Assim, o fato de o veículo estar registrado em nome do executado, posto indicar presunção de propriedade, não impede o terceiro que se julga o verdadeiro proprietário de opor embargos, a fim de livrar o bem da constrição judicial. Mas, para tanto, deve o embargante apresentar um documento autêntico e válido que comprove a transferência da propriedade, cabendo ao Judiciário averiguar a validade da avença pactuada, bem como a boa-fé do respectivo adquirente.

- O preenchimento do recibo de transferência de veículo, após a penhora efetivada sobre o mesmo, revela nítida intenção de afastar o conluio e a fumaça de fraude, caracterizando a má-fé. - Veículo - Penhora - Transferência de propriedade - Má-fé **227**

EMBARGOS DO DEVEDOR - V. **Execução fiscal** **72**

- V. **Penhora** **250**

EMENDA CONSTITUCIONAL
- Nº 19, de 1998 ..... **205/249**
- Nº 30, de 2000 ..... **59/260**
- Nº 41, de 2003 ..... **37**

ENERGIA ELÉTRICA - Comprovada a fraude praticada pelo consumidor de energia elétrica, mediante violação do selo de medidor, lícita é a cobrança dos valores referentes ao consumo do período, pela concessionária do serviço público, assim como a hipótese de corte em caso de inadimplemento dos respectivos valores, previamente comunicada, nos termos da Lei nº 8.978, de 13.02.1995, e da Resolução nº 456/2000, de 29.11.2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel. - Violação de medidor de consumo de energia elétrica - Fraude praticada pelo consumidor **142**

- Cabe ao fornecedor de energia elétrica provar sua alegação de existência de defeito no medidor de energia ou a falta de sua leitura habitual, não cabendo ao consumidor demonstrar, em princípio, que não houve aumento do consumo. É a inversão do ônus da prova a que se refere o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não revogado pela Lei das Concessões, pois cuidam esses institutos jurídicos de matérias distintas, cabendo ao fornecedor de serviços ou produtos a demonstração *salienter tantum* da responsabilidade do consumidor (mormente quando se trata de fornecedor hipersuficiente - empresa de energia -, em relação à parte hipossuficiente - o consumidor). Entretanto, uma vez confessado pelo consumidor que a leitura do medidor de energia é feita por ele mesmo, ou por sua esposa, não há como dar-se procedência ao seu pedido de revisão do consumo. - Consumidor - Ônus da prova/inversão - Concessionária de energia elétrica **161**

ENSINO SUPERIOR - É ilegal a cobrança de renovação de matrícula em estabelecimento estadual de nível superior, uma vez que a gratuidade constante do art. 206, IV, da Constituição Federal/88 abrange as atividades educacionais e administrativas relativas aos cursos universitários, à ausência de norma legal expressa em sentido contrário. - Gratuidade - Cobrança - Matrícula **323**

ENTIDADE SINDICAL - V. **Limpeza pública** **93**

ESPÓLIO - V. **Dano moral** **263**

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - Se o servidor foi aprovado em concurso público para o cargo efetivo, fica prejudicado seu pedido de reconhecimento da estabilidade extraordinária, prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

- V.v.: - Deve-se reconhecer ao servidor estadual direito à estabilidade anômala, se preenchidos os requisitos estatuídos no art. 19 do ADCT-CF/88, c/c art. 29 do ADCT-CE, na medida em que tenha exercido o magistério estadual, de forma continua e por período superior ao exigido no referido dispositivo legal, haja vista que a ínfima interrupção de 14 dias, no ano de 1988, a teor do art. 29, parágrafo único, do ADCT-CE, deve ser computada como efetivo tempo de serviço prestado, não podendo, assim, obstaculizar o direito pleiteado. - Servidor - Concurso público **136**

- Se o objetivo da ação é o reconhecimento judicial da existência de um direito que foi mal interpretado pela Administração, qual seja, o de cumprimento do tempo necessário de serviço para obtenção da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88, caracteriza-se a atividade jurisdicional de efeito meramente declaratório, não havendo falar em prescrição.

- Tendo o servidor, à data da promulgação da Constituição Federal/88, exercido função pública há mais de cinco anos continuados, preenche ele o requisito para aquisição da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do ADCT da referida Carta Magna, e os pequenos intervalos de poucos dias existentes entre uma contratação e outra não constituem entrave à concessão do benefício. - Servidor - Prescrição - Função pública **216**

ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS - V. **IPTU** **238**

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - V. **Excludente de ilicitude** **392**

ESTUPRO - O fato de a vítima de estupro, por intermédio de justificação judicial, desmentir e desautorizar as suas anteriores declarações incriminadoras do réu, somado à existência de relacionamento amoroso de longa duração entre eles e às visitas feitas por ela ao réu na cadeia e, ainda, à prova de que depois dos fatos mantiveram consentidas relações sexuais faz imperar dúvidas quanto à autoria delitiva, impondo-se a absolvição. - Autoria delitiva - Absolvição - Estupro com violência presumida - Decadência - Extinção da punibilidade **360**

ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA - Comprovado que os fatos que levaram à condenação pela infração de estupro com violência presumida ocorreram há aproximadamente dois anos antes de a genitora da menor ter representado contra o réu, mesmo tendo ela pleno conhecimento do relacionamento havido entre ele e a sua filha àquela época, opera-se a decadência, nos termos do art. 38 do CPP, extinguindo-se a punibilidade do agente. - Estupro - Decadência - Extinção de punibilidade - Autoria delitiva - Absolvição **360**

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. ***Habeas data*** **291**

EXCESSO DE PRAZO - O tribunal tem admitido conhecer da questão do excesso de prazo quando esta se mostra gritante, mesmo que o tribunal recorrido não a tenha examinado.

- Demora na instrução em virtude do não-cumprimento de carta precatória que visava à inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, *a priori*, não caracteriza constrangimento ilegal. Entretanto, esgotou-se o prazo de cumprimento da carta precatória.

- A competência para decidir acerca do pedido de extensão da liberdade provisória é do juízo que concedeu o benefício ao co-réu.

- Recurso provido em parte. *Habeas corpus* concedido de ofício.(STF) **435**

- V. **Constrangimento ilegal** (STF) **444**

EXCESSO DE VELOCIDADE - V. **Infração de trânsito** **302**

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - V. **Absolvição sumária** **331**

EXCLUDENTE DE ILICITUDE - V. **Resistência** ... **346**

- Age sob o abrigo de excludente do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do Código Penal) o policial que, ao tentar recapturar fugitivo da Delegacia de Polícia, desfere tiros com armas de fogo, revidando disparos efetuados pelo próprio foragido. - Estrito cumprimento do dever legal **392**

EXCLUSÃO DE CONTRIBUINTE DO PÓLO PASSIVO - V. ***Habeas data*** **291**

EXCLUSÃO DISCIPLINAR - V. **Policial militar** ... **155**

EXECUÇÃO - Havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade. - Penhora - Embargos do devedor - Cotas de sociedade - Arrematação - Sócios - Dissolução de sociedade **250**

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - V. **Alimentos** **108**

EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - A execução de obrigação de fazer e de não fazer, prevista nos arts. 632 e 641 do Código de Processo Civil, pressupõe a existência de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, ou de um título executivo formal equivalente, e não admite procedimento comum, ou ordinário, sujeito ao processo de conhecimento. Logo, se o autor não detém o título executivo judicial ou extrajudicial a ser executado, justifica-se o indeferimento da inicial, por sua inépcia.

- A aprovação do parcelamento do terreno é matéria privativa da administração municipal, no exercício do seu poder discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário a apreciação do mérito dessa questão. - Inépcia da inicial - Administração municipal - Poder discricionário - Parcelamento de terreno **309**

EXECUÇÃO FISCAL - São adequados os embargos de devedor, e não os embargos de terceiro, quando o sócio, que participa do pólo passivo da execução, busca defender seus bens levados a penhora pelo juízo, argumentando, em sua defesa, a inexistência de co-responsabilidade com a empresa devedora do tributo. Assim, ante a inadequação da via processual eleita, deve ser indeferida a inicial dos embargos de terceiro, em face da flagrante carência de ação. - Embargos do devedor - Carência de ação - Penhora **72**

- V. **Penhora** **203**

- V. **Crédito tributário** **203**

- O acordo sobre o parcelamento da dívida suspende a execução fiscal durante o prazo concedido pelo credor para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, não importando em novação da obrigação nem na extinção do processo. Findo o prazo avençado sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso. - Parcelamento de dívida - Novação - Extinção do processo **215**

- V. **Multas tributárias** 279

- V. ***Habeas data*** 291

EXECUÇÃO PENAL - V. **Pena** 411

EXPORTAÇÃO - V. **ICMS** 130

EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - V. **Extinção da punibilidade** 405

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - V. **Atentado violento ao pudor** 359

- V. **Estupro com violência presumida** 360

- Se a extinção da punibilidade do réu foi decretada com base em certidão de óbito falsa, o desfazimento da decisão é de rigor, devendo, por conseguinte, ser retomada a ação penal, bem como determinado o recolhimento do acusado à prisão. Nessa hipótese, não há falar-se em ofensa à coisa julgada, sendo de se denegar a ordem de *habeas corpus* que objetiva o trancamento da ação penal e a revogação da prisão preventiva decretada. - Certidão de óbito falsa - Ação penal/trancamento - Coisa julgada - *Habeas corpus* 398

- A extinção da punibilidade pela prática de crime contra a ordem tributária ocorre somente se o pagamento do débito fiscal tiver sido realizado de forma integral antes do recebimento da denúncia. Assim, se a denúncia foi recebida antes de solvida a última parcela do débito fiscal, objeto de sonegação, não ocorrerá a extinção da pretensão punitiva do Estado. - Crime contra a ordem tributária - Extinção da pretensão punitiva - Débito fiscal - Denúncia - Concurso material - Continuidade delitiva 405

EXTINÇÃO DO PROCESSO - V. **Execução fiscal** 215

- V. **Sucumbência** 243

- A extinção do processo em decorrência de coisa julgada somente pode ocorrer se houver identidade de demanda, se as partes forem as mesmas e desde que seja provada a existência de sentença de mérito não mais desafiável por recurso. Inexistindo tal prova, torna-se insustentável a prefacial de coisa julgada utilizada para extinção prematura do processo, devendo este prosseguir normalmente. - Coisa julgada 285

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - V. **Falência** 283

- V. **Contrato/revisão** 308

- V. **Curatela** 311

- F -

FACTORING - V. **Falência** 49

FALÊNCIA - Não sendo o faturizado responsável pela inadimplência dos seus devedores, não pode ser responsabilizado pelo pagamento de títulos negociados sob contrato de *factoring*, onde cedeu ao faturizador seus créditos, tudo em troca de um pagamento que embute o risco por tal insucesso na cobrança de tais valores.

- A nota promissória resultante de operação de *factoring* exibe natureza contratual, não podendo ser tomada como cambial. Destarte, tal documento exigido pelo faturizador no momento da feitura da operação e emitido pelo faturizado, instituindo uma garantia em seu favor, não pode ser tido como título hábil a justificar pedido de falência quando os devedores dos títulos negociados no contrato de *factoring* se mostrarem inadimplentes. - *Factoring* - Nota promissória 49

- V. **Habilitação de crédito** 270

- Se o síndico se encontra presente em todos os atos processuais, sendo apenas representado por advogado devidamente constituído conforme procuração nos autos, resta obedecido o art. 61 do Dec.-lei nº 7.661/45, e não há falar em ilegitimidade processual.

- A certidão de crédito trabalhista resulta de decisão judicial transitada em julgado e deve ser observada na íntegra no juízo falimentar. Assim, os juros ali estipulados não podem mais ser revistos na Justiça comum, sob pena de afronta à *res judicata*.

- Tratando-se de falência, a data-limite da incidência dos juros é a do trânsito em julgado do acórdão que confirmou a quebra, ficando suspensos após essa data até a confirmação de que o ativo apurado seja suficiente para o pagamento do principal, nos termos do art. 26 do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências). - Crédito trabalhista - Coisa julgada - Juros - Representação de síndico por advogado 273

- A massa falida não possui legitimidade para interpor recurso de agravo contra despacho que arbitra remuneração de síndico, eis que, a teor do art. 67, § 5º, do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), são legitimados para tal, além do próprio síndico, os credores ou o falido, estando incluído nesse rol o Ministério Público, por entendimento jurisprudencial. - Remuneração de síndico - Massa falida - Ilegitimidade ativa 275

- O pedido de falência com fulcro no art. 1º do Dec.-lei nº 7.661/45 deve ser instruído com título que legitime a ação executiva. Assim, o instrumento particular de confissão de dívida em que faltam as assinaturas de duas testemunhas não constitui título executivo extrajudicial hábil a amparar o pedido (art. 585, II,CPC), devendo o juiz, em tais casos, extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação. - Título executivo extrajudicial - Extinção de processo sem julgamento do mérito 283

FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO - Para que se caracterize o crime de falso, é mister que a falsidade seja apta a enganar e causar repercussões na órbita dos direitos ou das obrigações. A falsa declaração de vínculo empregatício, sujeita a posterior verificação, inserida em carteira de trabalho, com o fim de comprovar relação de emprego, não se presta à tipificação do delito de falsidade ideológica, se o documento não contém a assinatura do empregador, pois, neste caso, o contrato laboral não se aperfeiçoa, não sendo os dados falsos hábeis, por si próprios, para demonstrar a existência de ato ou fato jurídico, originar direitos, estabelecer vínculo e criar situação jurídica. Assim, não se mostrando caracterizada a falsidade ideológica, não se pode, por conseqüência, cogitar do crime de uso de documento falso. 337

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR - Se a falsificação da assinatura não é grosseira, guardando semelhança com a verdadeira assinatura da vítima, sendo hábil a enganar a capacidade objetiva do homem comum, fica configurado o delito do art. 298 do CP. - Crime cometido por advogado - Apropriação indébita - Denúncia - Princípio da consunção - Consunção - Pena - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Reincidência 393

FALSO TESTEMUNHO - A Constituição Federal reconheceu a união estável entre homem e mulher, equiparando-a à entidade familiar. Assim, a companheira deve fazer parte do rol daqueles que podem recusar-se a depor, mas, se o fizer, não se lhe deferirá o compromisso legal, e, portanto, não se caracteriza o crime de falso testemunho. - União estável - Concubina - Direitos políticos/suspensão 356

FALTA GRAVE - V. **Pena** 345

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - A fiscalização e o recolhimento de documentos indispensáveis à apuração do cumprimento de obrigações tributárias mesmo sem ordem judicial não configura ilegalidade, especialmente quando o ato é assistido por representante do contribuinte, que inclusive firma documentos relativos ao ato. 306

FRAUDE PRATICADA PELO CONSUMIDOR - V. **Energia elétrica** 142

FUGA - V. **Pena** 345

FUNÇÃO PÚBLICA - V. **Magistério** 83

- V. **Estabilidade excepcional** 216

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - V. **Peculato** 348

FURTO - TENTATIVA - Ocorre a tentativa de furto se, no curso da execução do ato, é o agente flagrado, não se tendo consumado o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

- Contando a ré com a ajuda direta ou indireta de seus dois filhos, em sua ação, configurado está o delito de tentativa de furto, qualificado pelo concurso de pessoas, ocorrendo, ainda, o crime de corrupção de menores, quando demonstrado nos autos que a ré induziu seu filho a trocar etiquetas de produtos por outras de menor valor. - Corrupção de menores - Confissão espontânea - Pena - Atenuante - *Sursis* 367

- G -

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - V. **Servidor** 83

GRATIFICAÇÃO *PRO LABOREM* - A gratificação *pro laborem* instituída em lei é devida aos servidores ocupantes de cargo comissionado, e não se estende aos servidores inativos.

- Constitui impropriedade a concessão de vantagens a servidores por intermédio da LOM, pois a iniciativa da legislação que trata dessa matéria é reservada

ao chefe do Poder Executivo. - Servidor inativo - Servidor ocupante de cargo comissionado **211**

GRATUIDADE - V. **Ensino superior** **323**

GRAVAÇÃO DE CONVERSA - Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq. 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido. (STF) **433**

GUARDA DE MENOR - Tratando-se de guarda de menor, a única inspiração do julgador deve ser a de melhor atender aos interesses do infante. Se a família da criança desde o seu nascimento se constituiu ao lado dos tios, estando ela perfeitamente integrada ao lar constituído por eles, certamente que, em companhia desses, ela encontrará maior estabilidade emocional e segurança, indispensável ao seu desenvolvimento psicológico do que na companhia de seu pai biológico, que nunca participou ativamente de sua vida. **109**

- A guarda de menor constitui direito personalíssimo e intransferível, tanto é que o art. 33 da Lei nº 8.069/90 confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Por isso, o processo em que se postula a guarda não comporta substituição da parte ativa, sendo inaplicáveis a tais casos as hipóteses dos arts. 41 a 43 do Código de Processo Civil. - Substituição processual **223**

GUARDA PROVISÓRIA DE FILHOS - Em questões atinentes à guarda de filho, devem prevalecer o interesse e o bem-estar do menor - este o único critério para a solução do problema. Assim, se consideradas a idade dele e a ausência de qualquer prova ou indício de que a mãe do menor não reúne condições de bem assisti-lo, é de se prestigiar a decisão que concedeu a ela a guarda provisória do filho. - Interesse de menor - Separação de corpos - Cautelar **255**

- H -

HABEAS CORPUS - V. **Alimentos** **55**

- V. **Inquérito policial/trancamento** **372**

- O *habeas corpus* é via inadequada para análise mais acurada de prova, a fim de se aferir a procedência ou não da acusação. Presentes os indícios indicativos da autoria, a alegação de falta de suporte probatório deve ser aferida nas vias ordinárias. - Ação penal - trancamento - Queixa-crime - Ampla defesa - Prova - Autoria **385**

- Em sede de *habeas corpus*, não é possível a valoração de depoimentos colhidos no inquérito policial, tampouco confrontar argumentos fáticos relacionados com a tese da negativa da autoria. Também não cabe discutir sobre matéria de mérito, que reclama análise detida, podendo repercutir no desfecho da demanda criminal, mas não sobre a conveniência de se manter a prisão cautelar do paciente durante a instrução probatória. - Prisão preventiva - Prisão cautelar - Roubo qualificado - Instrução probatória - Alegações finais **389**

- V. **Extinção da punibilidade** **398**

- V. **Constrangimento ilegal** **404**

- V. **Constrangimento ilegal** (STJ) **444**

- V. **Livramento condicional** **413**

- V. **Competência** **414**

- 1. Conforme a jurisprudência do STF, "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação" (RE 287.658, 1ª T, 16.09.03, Pertence, *DJ* de 10.03.03).

- 2. O caso, porém, é de pronúncia, para a qual se contenta o art. 408, C. Pr. Penal com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor".

- 3. Aí - segundo o entendimento sedimentado - indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado.

- 4. Para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes. (STF) **440**

HABEAS DATA - O *habeas data* é instrumento jurídico hábil para a supressão do nome do contribuinte do cadastro da dívida ativa do ente municipal quando, julgada a exceção de pré-executividade para excluir o contribuinte do pólo passivo da ação de execução fiscal, permanece omissa a Administração municipal em retificar o seu cadastro, apesar de ter sido requerido administrativamente pelo interessado. - Dívida ativa - Execução fiscal - Exclusão de contribuinte do pólo passivo - Exceção de pré-executividade - Pré-executividade **291**

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - Ainda que a publicação da sentença nos autos de habilitação de crédito tenha ocorrido antes da publicação do quadro geral de credores e mesmo que cada habilitação de crédito tenha sido autuada e processada separadamente, deve ser aplicada a regra especial do § 1º do art. 97 do Dec.-lei nº 7.661/45, que, por ser norma específica, prevalece sobre a disposição geral constante do Código de Processo Civil. - Falência - Prazo recursal - Agravo - Processualística moderna **270**

- V. **Inventário** **296**

HABILITAÇÃO EM INVENTÁRIO - V. **Inventário** **51**

- V. **Adoção** **51**

HIERARQUIA DAS LEIS - V. **Portaria** **205**

HIPOTECA - V. **Credor hipotecário** **81**

HOMICÍDIO CULPOSO - A condenação do agente pela prática de homicídio culposo desautoriza a inserção de agravante genérica prevista no art. 61, II, *a*, do CP, alusiva ao motivo fútil, ante a incompatibilidade lógica residente entre ambas as figuras jurídicas. - Júri - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Desclassificação do crime - Agravante genérica - Motivo fútil - *Sursis* **416**

HOMICÍDIO QUALIFICADO - V. **Júri** **363**

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - V. **Preclusão** **59**

- V. **Precatório** **59**

- V. **Sucumbência** **74**

- Se ambas as partes forem sucumbentes, os honorários de advogado devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, a teor do art. 21 do CPC. - Sucumbência recíproca - Separação judicial - Partilha de bens **76**

- Com amparo no art. 20, § 4º, do CPC e levando em conta que a questão discutida nos autos não se revela complexa, nem se desenrolou a causa por vasto lapso temporal, mas sem esquecer a excelência do trabalho desenvolvido pelos procuradores da Fazenda Municipal, ora vencedora, é de se admitir a diminuição do valor da verba honorária. - Competência concorrente - Município - Meio ambiente **146**

- V. **Sucumbência** **243**

- V. **Crédito de natureza alimentar** **260**

- 1. Restando vencedora em demanda contra o Estado parte representada por defensor público, não há falar em condenação a honorários advocatícios, pois o credor - Defensoria Pública - é órgão do devedor - Estado - ocorrendo a causa extintiva das obrigações denominada confusão (CC/1916, art. 1.046; CC/2002, art. 381).

- 2. Recurso especial provido. (STJ) **424**

- I -

ICMS - Não incide ICMS na operação de remessa de sucata para fins de industrialização com o retorno ao remetente, pois, neste caso, não ocorre o fato gerador do ICMS, capaz de fazer nascer a obrigação tributária, já que o fato imponível do referido tributo só se verifica com a transferência da posse ou propriedade do bem móvel de uma pessoa para outra, com a mudança de titularidade. - Sucata/industrialização **53**

- A importação de veículo por particular para uso próprio não conduz à incidência do disposto no art. 155, § 2º, inciso IX, *a*, da Carta Magna, pois o dispositivo constitucional vincula o fato gerador à existência de estabelecimento comercial ou industrial, bem como ao requisito da habitualidade. O colendo Supremo Tribunal Federal encerrou a matéria, definindo que a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. - Importação de veículo por pessoa física para uso próprio **66**

- Ato de hierarquia menor, judiciária ou administrativa, não pode alterar, no que concerne ao Valor

Adicionado Fiscal-VAF, o seu mecanismo de repasse, este fundado na Lei Complementar nº 63/90.

- Se julgada procedente, no STJ, a reclamação ajuizada por determinado município acerca do critério constitucional de repasse do VAF, deferindo-se-lhe o benefício, com exclusão dos demais, impõe-se o cumprimento da respectiva decisão, que obviamente deve prevalecer enquanto não advier deliberação desconstitutiva, ou seja, em contrário. - Valor adicionado fiscal-VAF - Mandado de segurança **119**

- Perde o benefício da isenção tributária condicionada prevista no art. 13, VII, do RICMS/91 o contribuinte que descumpre obrigação acessória prevista na norma isentiva como requisito obrigatório para fruição da isenção (art. 13, VII, letra *c*, do RICMS/91), quando não indica, expressamente, nas notas fiscais, o valor do tributo dispensado na operação isenta.

- Estando consignado na documentação fiscal glosada que a operação se deu entre o Estado de Minas Gerais (remetente) e os Estados do Amazonas e Rondônia (destinatários), imperativa se faz a aplicação da alíquota interestadual, máxime quando se verifica que, por outros meios, o contribuinte comprovou a efetiva entrada das mercadorias na Região Norte.

- V.v.: - Inaplicável a alíquota interestadual, quando o contribuinte não comprova, por documento hábil, que a mercadoria saiu para outra unidade da Federação. - Isenção tributária condicionada - Remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus **123**

- Em matéria tributária, embora estejam os Estados-membros adstritos às normas gerais ditadas pela legislação federal, a Carta Magna resguardou-lhes a competência para legislarem suplementarmente, principalmente quando sua a competência territorial para instituir o tributo. A lei ou o decreto estadual que apenas regulamentam de maneira suplementar as operações sujeitas à incidência do ICMS não ferem as normas gerais emanadas pela legislação complementar federal.

- A interpretação de norma que disponha sobre exclusão ou suspensão do crédito tributário, ou outorga de isenção, deve ser literal, nos termos do art. 111 do CTN.

- Para descaracterização do auto de infração, exige-se prova inequívoca em face da presunção de sua legitimidade. - Exportação - Auto de infração - Laudo pericial - Preclusão **130**

- Configurada a hipótese de importação indireta, o ICMS incidente sobre a circulação de bens importados do exterior deve ser recolhido em favor do Estado onde estiver situado o real destinatário ou destinatário final da mercadoria, pois este, no elo de transmissões, se apresenta como o estabelecimento mais próximo do consumidor, configurando, destarte, a chamada circulação econômica, ainda que na documentação fiscal conste outro estabelecimento da mesma empresa como destinatário.

- Haverá tipicidade tributária sempre que um estabelecimento importar um bem, direta ou indiretamente, sendo também contribuinte do ICMS aquele que realiza importação indireta, nos termos do art. 33, § 1º, item 1, *i*, 1.1. e 1.2., da Lei 6.763/75 e consoante as disposições contidas na Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93. - Importação indireta **176**

- A edição, no curso do mandado de segurança, de legislação estadual (Lei nº 14.062/01) concedendo anistia, facultando o parcelamento aos contribuintes em débito e dando novo tratamento às questões envolvendo multas e juros de mora não tem o condão de permitir ao impetrante a modificação de seu pedido ou da causa de pedir.

- Na hipótese de parcelamento de débitos, a compensação de valores de ICMS recolhidos em operações anteriores constitui matéria a cujo respeito ao próprio ente tributante compete definir regras a serem observadas. A viabilidade dessa compensação não prescinde da demonstração de liquidez e certeza dos créditos. - Mandado de segurança - Dilação probatória **299**

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - V. **Ação civil pública** **166**

- V. **Procurador** **243**

- V. **Falência** **275**

IMORALIDADE ADMINISTRATIVA - V. **Vereador** ... **71**

IMÓVEL - V. **Partilha de bens** **159**

IMPENHORABILIDADE - À exceção das obras de arte ou adornos suntuosos, os bens móveis que guarnecem a casa do devedor, desde que quitados, são impenhoráveis nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90, sendo irrelevante o fato de serem eles necessários, úteis ou voluptuários. - Bens móveis - Honorários de advogado - Sucumbência **74**

IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO - V. **ICMS** **66**

IMPORTAÇÃO INDIRETA - V. **ICMS** **176**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - As disposições da Lei nº 10.628/02 não se aplicam aos casos em que a ação de ressarcimento de danos por improbidade administrativa tenha sido proposta perante juízo de primeiro grau e proferida a sentença antes da sua edição.

- Nas ações de ressarcimento de danos por ato de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/92, em que o pedido envolva a defesa do erário, a competência em primeiro grau será sempre dos juízes singulares, da mesma forma que ocorre com as ações populares com o mesmo objetivo. Não se deve acolher a competência imposta ao Tribunal de Justiça pelo § 2º, acrescido ao artigo 84 do CPP pela Lei nº 10.628/02, eis que manifestamente inconstitucional a ampliação da competência dos tribunais estaduais e superiores por meio de mera alteração do Código de Processo Penal.

- A aprovação das contas do prefeito municipal liga-se diretamente a números, entretanto nada impede que a ética do administrador seja posta judicialmente em discussão pelo representante do Ministério Público.

- Os prejuízos advindos da prática de atos de improbidade administrativa devem ser ressarcidos, independentemente de o agente ter agido com dolo ou com culpa. A Administração Pública não pode arcar com os danos advindos da conduta culposa de seus agentes. - Danos ao erário/ressarcimento - Prova **63**

- V. **Ação popular** **184**

- Se o prefeito cujo município está impedido judicialmente de realizar concurso público para provimento de cargos vagos efetua contratações emergenciais para garantir a continuidade dos serviços públicos - sob pena de colapso ou comprometimento dos mesmos -, não age ao arrepio da legalidade ou da moralidade administrativas nem causa prejuízo ao erário, quando determina o pagamento dos servidores contratados, não havendo que se falar em improbidade administrativa. - Prefeito - Contratações emergenciais - Concurso público - Contratação de servidores - Prejuízo ao erário **230**

- A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no art. 12 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.

- No particular, foram os ocupantes de cargo em comissão condenados pelo r. juízo sentenciante pela percepção de verbas pagas indevidamente por trabalhos extraordinários, bem como o ex-prefeito do município por deferir o pagamento de forma irregular. Nos termos da legislação municipal de regência, tais serviços somente seriam permitidos em hipóteses excepcionais e temporárias, condicionadas à autorização por escrito do superior imediato, que deverá justificar o fato, o que, *in casu*, não se deu.

- A sentença ordenou o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelos agentes públicos, respondendo pelo total do débito, solidariamente, o ex-prefeito, bem como a suspensão dos direitos políticos. O Tribunal, por sua vez, deu provimento em parte à apelação para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos.

- A imposição dessa última, efetivamente, seria medida desarrazoada, visto que, como ressaltou a Corte de origem, as provas dos autos demonstram a real prestação do serviço pelos réus e que a vantagem pecuniária obtida equivale apenas a R$ 4.023,72 (quatro mil e vinte e três reais e setenta e dois centavos) para cada um dos servidores, segundo cálculo realizado em novembro de 2000, a desautorizar a aplicação de sanção mais gravosa.

- Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

- Recurso especial não conhecido pela alínea *c* e conhecido, mas não provido, pela alínea *a*. (STJ) **421**

IMPUGNAÇÃO - V. **Inventário** **296**

IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO - V. **Agravo** **171**

IMUNIDADE RECÍPROCA TRIBUTÁRIA - De acordo com o art. 150, VI, a, da CF/88, a imunidade recíproca tributária contempla somente os impostos, não se aplicando às demais espécies de tributo. - Prescrição - Crédito tributário - Lançamento tributário - Notificação por edital - Serviços de limpeza e iluminação públicas - Taxas municipais **94**

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - As entidades sindicais de trabalhadores, em princípio, gozam de imunidade tributária, cabendo à Fazenda Pública desconstituir tal afirmação, comprovando a ausência de requisitos que autorizam o seu reconhecimento. - Taxa - Limpeza pública - Entidade sindical **93**

IN DUBIO PRO SOCIETATE - V. **Denúncia** **409**

INABILITAÇÃO - V. **Menor inabilitado** **245**

- O tipo penal descrito no art. 309 do CTB exige, além da inabilitação, que o agente tenha, na direção do veículo, uma conduta capaz de diminuir ou ameaçar a segurança das pessoas no trânsito. Inexistindo nos autos prova suficiente de que o acusado tenha gerado perigo de dano para alguém, elemento essencial à configuração do delito, não pode ele sofrer condenação por tal crime. - Perigo de dano - Pena - Reincidência - Prova - Ônus da prova - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **327**

INADIMPLÊNCIA - V. **Alimentos** **55**

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - V. **Competência** **224**

INDENIZAÇÃO - V. **Improbidade administrativa** **63**

- V. **Dano moral** **163/263**

- V. **Reparação de danos** **243**

- V. **Procurador** **243**

- A Copasa responde pelos danos materiais e morais causados a terceiros em razão de acidente ocorrido em valeta desprovida de adequada sinalização por ela aberta em via pública.

- É inviável a averiguação dos lucros cessantes na fase de liquidação de sentença. Nessa fase permite-se apenas a apuração da extensão desses danos, cuja ocorrência deve ser efetivamente provada em momento processual adequado e oportuno.

- Os danos morais devem ser fixados em valor que constitua um fator de desestímulo ao agente de modo a impedi-lo da prática de novos atos lesivos e que possibilite minimizar o sofrimento da vítima. - Copasa - Acidente - Danos material e moral - Lucros cessantes **268**

INDÍCIOS DE AUTORIA - V. ***Habeas corpus*** (STF) **440**

INDULTO NATALINO - Embora tecnicamente sejam figuras jurídicas diferentes, a comutação é uma espécie de indulto parcial; sendo, em tese, inviável sua aplicação aos condenados por crimes hediondos. A Lei 8.072/90 impede a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. - Comutação de pena - Crime hediondo **376**

INÉPCIA DA INICIAL - V. **Contrato - revisão** **308**

- V. **Execução de obrigação de fazer** **309**

INFORMAÇÕES PROCESSUAIS POR VIA TELEFÔNICA - O princípio da publicidade dos atos processuais insculpido na Carta Magna integra o princípio do devido processo legal e é garantia constitucional de que o indivíduo não se verá processado sigilosamente nem julgado secretamente, permitindo-lhe amplo acesso aos autos. Tal garantia, entretanto, não é tão abrangente de modo a obrigar os órgãos judiciários a prestar serviços de informação processual por via telefônica.

- Não configurado o direito líquido e certo à obtenção de informações processuais pela via pretendida, denega-se a ordem. - Teoria dos motivos determinantes - Informações processuais por via telefônica - Princípio do devido processo legal - Princípio da publicidade - Mandado de segurança **35**

INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - V. **Competência recursal criminal** **44**

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - É legal a captação de infração, por excesso de velocidade, aferida por radar fixo, sem a presença de fiscais do trânsito no local da infração, conforme dispõe a Resolução nº 141/2002, alterada pela Deliberação nº 38/2003, em seu art. 4º, do Contran.

- A autoridade de trânsito julgará a consistência das infrações previstas nos arts. 183, 208 e 218 do CTB, captadas por aparelho eletrônico (radar), sem a necessária presença de autoridade fiscalizadora do trânsito, desde que o aparelho seja afixado em local definido e em caráter permanente e seja fiscalizado periodicamente pelo Inmetro.

- O Código de Trânsito Brasileiro não prevê a apresentação de defesa prévia à aplicação de penalidade. Até o momento da sua aplicação, o Código atribui ao procedimento natureza inquisitorial. Somente com a notificação da penalidade se estabelece o contraditório, sendo oportunizada à parte ampla defesa mediante recurso que, se for contra a imposição de multa, poderá ser interposto sem o prévio recolhimento de seu valor e sem imposição de qualquer outra penalidade, qual a recursa à liberação do CRLV-Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo. - Excesso de velocidade - Radar - Contraditório e ampla defesa **302**

INIMPUTABILIDADE - V. **Absolvição sumária** **331**

INQUÉRITO POLICIAL - TRANCAMENTO - Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo a apuração de fatos tidos como delituosos, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, que não admite exame aprofundado de provas, sob pena de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público. - *Habeas corpus* **372**

INSALUBRIDADE - O adicional de insalubridade concretiza os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho e possui aplicação geral e irrestrita a todo trabalhador, não tendo sido excluído do rol dos direitos sociais aplicáveis aos servidores públicos pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sua previsão está ligada à situação insalubre, e não ao fato de a pessoa exercer uma função celetista ou estatutária.

- O adicional de insalubridade é devido ao servidor desde o momento em que é submetido a atividades que por sua natureza e condições de trabalho o exponham a agentes nocivos à saúde, não podendo o seu recebimento ficar condicionado a um requerimento formal.

- Aos servidores do IMA-Instituto Mineiro de Agropecuária, apesar de se tratar de entidade autárquica, aplicam-se a Lei nº 10.594/92 e o Decreto nº 33.859/92, que a regulamentou, sendo que o art. 34 desse decreto estabelece o percentual máximo de 20% sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor para o pagamento de adicional de insalubridade. - Servidor - Princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho **249**

INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE
- Nº 02, de 1993 ..... **176**

INTERESSE DE MENOR - V. **Guarda provisória de filhos** **255**

INTERESSE PÚBLICO - V. **Ministério Público** ... **273**

INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA - Inexiste óbice a que o interrogatório do acusado se realize por precatória. A despeito de o CPP não contemplar esta modalidade de interrogatório, ela vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência. Tal entendimento reside no fato de que no processo penal não vige o princípio da identidade física do juiz. Conclui-se daí não haver qualquer prejuízo para a acusação resultante do fato de o acusado ser interrogado na comarca em que mantém domicílio, e não naquela em que se deu a prática do delito, mormente se o réu estiver sendo processado por delito de tráfico ilícito de entorpecentes, já tendo as testemunhas sido chamadas, por intermédio de precatória, a prestar depoimento na comarca onde reside o réu, o que recomenda seja feito o interrogatório na mesma audiência de instrução e julgamento, em cumprimento ao que dispõem os arts. 40 e 41 da Lei nº 10.409/2002. ..... **344**

INTIMAÇÃO - V. **Ministério Público** **273**

INVENTARIANTE - V. **Remoção de inventariante** **257**

INVENTÁRIO - Tratando-se de adoção simples e tendo ocorrido o óbito da adotada em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não há falar em direito à habilitação de seu filho, em representação, nos autos do inventário dos adotantes falecidos *a posteriori*, visto não ter a adotada adquirido os direitos à equiparação estabelecidos na Carta Magna. - Adoção - Adotado falecido - Habilitação - Representação **51**

- V. **Remoção de inventariante** **257**

- Cabe ao credor do espólio que tiver seu crédito impugnado no inventário recorrer às vias ordinárias para comprovação de seu direito, devendo,

contudo, ser determinada a reserva, em poder do inventariante, de quinhão de bens suficientes para o adimplemento do crédito reclamado até o deslinde da questão.

- V.v.: - A carta de sentença é documento hábil para figurar no pedido de habilitação de crédito em processo de inventário que poderá ser impugnada apenas com a comprovação de quitação da dívida. - Habilitação de crédito - Impugnação **296**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Na investigatória de paternidade, por se tratar de direito indisponível, pode o juiz, de ofício, ouvir testemunhas não arroladas pelas partes.

- Admite-se prova indireta nas investigatórias de paternidade, em virtude da dificuldade em se comprovar o relacionamento íntimo ocorrido entre a mãe do investigante e o investigado, merecendo maior atenção o depoimento pessoal daquela, desde que coerente e condizente com as demais provas e indícios apresentados no processo.

- Há que se reconhecer a paternidade se existem nos autos provas suficientes de que, em período coincidente com a concepção, a mãe do investigante manteve, exclusivamente com o investigado, relacionamento íntimo. - Testemunha - Prova indireta - Prova testemunhal **289**

IPSEMG - É ilegal o ato do Ipsemg que determina o cancelamento da qualidade de segurado de servidores públicos municipais, aposentados, os quais foram compelidos a se vincular àquela autarquia estadual, antes da aposentação, por contribuição compulsória, imposta por lei e para que lhes fosse permitido o acesso aos benefícios médicos, hospitalares, odontológicos e previdenciários. - Servidor público municipal - Aposentadoria - Benefícios previdenciários e de saúde - Convênio **116**

IPTU - A tributação progressiva do IPTU, autorizada no § 4º do art. 182 da Constituição Federal/88, é reservada para imóvel urbano sem utilização ou subutilizado. A sanção é incabível quando se trata de terreno que contém edificação de caráter permanente, destinada a estacionamento de veículos, não podendo o bem ser considerado lote vago para fins de tributação do IPTU, pois tem destinação útil. O município que incorre nesse equívoco deverá retificar o lançamento tributário correspondente. - Lançamento tributário - Estacionamento de veículos **238**

ISENÇÃO HETERÔNOMA - V. **Multas tributárias** **279**

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA CONDICIONADA - V. **ICMS** **123**

ITER CRIMINIS - V. **Pena** **382**

- J -

JAIR CANÇADO COUTINHO, Juiz Coronel - Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça Militar - Notas e comentários **29**

JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE BRITO, Des. - Memória do Judiciário Mineiro - Nota biográfica - Júnia Diniz **13**

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - V. **Apelação em liberdade** **378**

JÚNIA DINIZ - Memória do Judiciário Mineiro - Nota biográfica - Desembargador José Antônio Alves de Brito **13**

JÚRI - Certificada a ciência dos advogados quanto à não-localização de testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade e havendo concordância com o prosseguimento da sessão de julgamento, sem qualquer protesto, não há que se falar em nulidade.

- Somente se admite a cassação do veredicto popular por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando a decisão for arbitrária, chocante, escandalosa e totalmente divorciada das provas produzidas no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário. Se existem duas ou mais versões razoáveis nos autos, podem os jurados, em sua soberania, optar por qualquer delas, não podendo a decisão ser cassada, sob pena de se negar vigência ao princípio da soberania do Júri. - Legítima defesa - Júri - Nulidade **350**

- Havendo evidências de que a vítima estava no campo visual do acusado e de que este, não obstante, avançou com o caminhão, deliberadamente, sobre ela, não há falar-se em delito meramente culposo. Em tal contexto, na melhor das hipóteses, teria o réu, conscientemente, assumido o risco de produzir o resultado que se verificou, nele consentindo.

- V.v.: - Tendo as afirmações da defesa encontrado amparo em alguns elementos de prova trazidos para os autos, não se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos e, conseqüentemente, em cassação da decisão, uma vez que, havendo mais de uma versão sobre os fatos, é lícito ao Tribunal do Júri optar por uma delas, não podendo a decisão ser anulada, sob o fundamento de que contraria a prova dos autos. - Homicídio qualificado - Atropelamento - Desclassificação de crime - crime culposo - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos **363**

- A decisão do Júri que acata uma das versões, amparada pela prova dos autos, não autoriza sua cassação sob pena de afronta ao princípio da soberania do veredicto popular. - Princípio da soberania do Júri **387**

- A leitura, em plenário, de diploma concedido ao réu pela Câmara de Vereadores em depoimento de mero informante, inócuo a influenciar o Conselho de Sentença, não causa prejuízo à acusação, que alega surpresa da leitura, pois não se trata de documento atinente à situação fático-delitiva.

- Não há que se falar em decisão contrária às provas dos autos quando o veredicto popular acata uma das teses de julgamento, ainda que operada a desclassificação do delito pronunciado, quando o caderno processual assim o autorize, justificando-se a sua anulação tão-somente quando a decisão se revele arbitrária, como prescreve o art. 563 do CPP. - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Desclassificação do crime - Homicídio culposo - Agravante genérica - Motivo fútil - *Sursis* **416**

- V. **Desaforamento** (STJ) **426**

JUROS - V. **Falência** **276**

JUROS MORATÓRIOS - Nos empréstimos de dinheiro, é lícita a contratação de juros moratórios, inclusive capitalizados, consoante disposições contidas no art. 591 do atual Código Civil e nas Súmulas 93 do STJ e 596 do STF. - Cédula de crédito industrial - Contrato bancário **102**

- L -

LANÇAMENTO ABUSIVO - V. **Contrato - revisão** **308**

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - O art. 145 do CTN não faz qualquer restrição quanto à notificação do lançamento de tributos feita por edital. Assim, a notificação por edital é plenamente válida como notificação regular, sendo faculdade da Administração Pública sua adoção. - Notificação por edital - Citação - Prescrição - Crédito tributário - Imunidade recíproca - Limpeza e iluminação públicas - Taxa **94**

- V. **IPTU** **238**

LAUDO PERICIAL - V. **Preclusão** **130**

LEGÍTIMA DEFESA - Não age amparado pela excludente da legítima defesa quem, embora eventualmente agredido, recolhe-se à sua residência para armar-se e ao local retorna para ferir o desafeto. - Júri - Nulidade - Princípio da soberania do Júri **350**

LEGÍTIMA DEFESA DE BEM DE TERCEIRO - V. **Resistência** **346**

LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - V. **Improbidade administrativa** **63**

- V. **Seguro obrigatório** **139**

- V. **Sigilo/quebra** **213**

- V. **Dano moral** **263**

LEGITIMIDADE DE PARTE - V. **Sindicato** **151**

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL
- Nº 63, de 1990 ..... **119**
- Nº 87, de 1996 ..... **130**

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL
- Art. 2º **334**
- Art. 4º **234**

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - V. **Pensão** **89**

LEI ESTADUAL
- Nº 5.301, de 1969 - Art. 203 ..... **247**
  - Art. 209 ..... **247**
- Nº 6.763, de 1975 - Art. 7º, §§ 1º e 3º **130**
  - Art. 33, § 1º, item 1, *I*, 1.2 ..... **176**
- Nº 10.594, de 1992 ..... **249**
- Nº 11.867, de 1995 - Art. 1º, § 2º **234**
- Nº 14.062, de 2001 ..... **299**

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 12 ..... **400**
- Nº 4.717, de 1965 ..... **184**
- Nº 5.250, de 1967 (Lei de Imprensa) - Art. 1º **163**

- Art. 49, I e II e § 1º ... 163
- Nº 5.478, de 1968 - Art. 13, § 1º ... 272
- Art. 15 ... 272
- Nº 5.991, de 1973 ... 201
- Nº 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos) ... 62
- Art. 58 ... 220
- Nº 6.194, de 1974 - Art. 4º ... 139
- Art. 5º ... 139
- Nº 6.435, de 1977 - Art. 31 ... 287
- Art. 39, § 4º ... 287
- Nº 6.766, de 1979 - Art. 50 ... 342
- Nº 6.830, de 1980 - Art. 2º, § 3º ... 94
- Art. 8º, § 2º ... 94
- Nº 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal) - Art. 127 ... 345
- Nº 7.347, de 1985 - Art. 11 ... 266
- Nº 8.009, de 1990 - Art. 1º, parágrafo único ... 74
- Nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - Art. 33 ... 223
- Art. 78 ... 304
- Art. 104 ... 334
- Art. 143 ... 105
- Art. 247 ... 105
- Art. 249 ... 245
- Art. 257 ... 304
- Nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) ... 376
- Nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) ... 210
- Art. 6º, VIII ... 161
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 1º ... 405
- Nº 8.429, de 1992 ... 63/184
- Art. 12, III ... 421
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 89 ... 328
- Art. 90 ... 328
- Nº 8.978, de 1995 ... 142
- Nº 9.069, de 1995 ... 201
- Art. 61 ... 429
- Nº 9.138, de 1995 ... 312
- Nº 9.296, de 1996 ... 213
- Nº 9.503, de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) - Art. 162, I ... 245
- Art. 309 ... 327
- Nº 9.708, de 1998 ... 220
- Nº 10.259, de 2001 ... 59
- Art. 2º ... 429
- Nº 10.409, de 2002 - Art. 40 ... 344
- Art. 41 ... 344
- Nº 10.437, de 2002 ... 312
- Nº 10.628, de 2002 ... 63

LESIVIDADE AO ERÁRIO - V. **Ação popular** ... 184

- V. **Improbidade administrativa** (STJ) ... 421

LESÕES CORPORAIS - O crime de lesões corporais é agravado pelo prevalecimento de relações domésticas (art . 61, II, *f*, do CP), quando o agente agride a sua companheira, com quem vivia há vários anos. - Agravante ... 340

- V. **Resistência** ... 400

LIBERDADE PROVISÓRIA - V. **Pronúncia** ... 374

- Desde que haja uma justificação compatível com as exigências legais na sentença que condena e determina a prisão do acusado por tráfico de drogas, a mesma não ofende a legislação pátria nem carece de fundamentação, não podendo o réu apelar em liberdade, mesmo que tenha permanecido solto durante o processo, devendo ser denegado o pedido de liberdade provisória. - Apelação em liberdade - Tráfico ... 380

- V. **Excesso de prazo** ... 435

LICITAÇÃO - O descumprimento pelo licitante de simples formalidade exigida no edital, passível de ser sanada mediante o cumprimento de diligência que poderia ser determinada pela comissão de licitação, não constitui fundamento jurídico satisfatório para a decretação da inabilitação do licitante. ... 61

- Na licitação pelo processo de pregão eletrônico, ao licitante cabe executar todos os comandos determinados pelo provedor. Somente a existência de cópia da página virtual, confirmando a entrega da proposta, é prova hábil a demonstrar sua participação. - Licitação - Prova ... 241

- V. **Prefeito** ... 328

LIMINAR - V. **Reintegração de posse** ... 281

LIMPEZA E ILUMINAÇÃO PÚBLICAS - Os serviços de limpeza e iluminação públicas não podem ser considerados específicos e divisíveis, porque proporcionam benefício a toda a coletividade, possuindo utilização genérica, sem vantagem direta para determinado contribuinte, fazendo-se ilegítimas as taxas municipais deles decorrentes. - Crédito tributário - Lançamento tributário - Notificação por edital - Prescrição - Imunidade recíproca - Taxa ... 94

LIMPEZA PÚBLICA - É ilegítima a cobrança de Taxa de Limpeza Pública, porquanto tal serviço não se reveste da característica da especificidade e divisibilidade, bem assim porque tem base de cálculo idêntica à do Imposto Predial e Territorial Urbano. - Taxa - Imunidade tributária - Entidade sindical ... 93

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO - Ao perfeito alcance da liquidação por arbitramento de direito patrimonial a ser partilhado, há que se considerar o valor atual de mercado, a ser corrigido da data da elaboração da perícia. - Partilha de bens ... 208

LITISCONSÓRCIO - V. **Prazo em dobro** ... 281

LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO - V. **Assistência judiciária** ... 263

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - V. **Registro civil** ... 126

LITISPENDÊNCIA - A identidade de partes em dois mandados de segurança não configura a litispendência, se a causa de pedir e o próprio pedido são diferentes em ambos os casos. - Mandado de segurança - Pensão - Maioridade ... 111

LIVRAMENTO CONDICIONAL - O *habeas corpus* não é meio idôneo para se aferir a possibilidade de concessão do benefício de livramento condicional, por envolver exame profundo e valorativo da prova, notadamente quanto ao cumprimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetiva exigidos pela espécie, inviáveis de serem analisados no estreito âmbito do *writ*. - Prova - *Habeas corpus* ... 413

LOTEAMENTO IRREGULAR - Sendo completamente irregular o loteamento, é razoável proibir a venda de lotes até a regularização do procedimento administrativo, podendo a restrição ser averbada no Registro de Imóveis. - Registro de imóveis - Cerceamento de defesa - Revel/intimação ... 114

- V. **Crime contra a Administração Pública** ... 342

LUCROS CESSANTES - V. **Indenização** ... 268

- M -

MÁ-FÉ - V. **Embargos de terceiro** ... 227

MAGISTÉRIO - O servidor que exerce a função de vice-diretor da rede estadual de ensino tem direito à gratificação de função no percentual de 25% sobre o respectivo vencimento, não fazendo jus, entretanto, ao apostilamento quando retorna ao cargo efetivo originário, uma vez que a vice-diretoria é considerada função pública gratificada, e não cargo em comissão. - Servidor - Função pública - Apostilamento - Vice-diretor de escola estadual - Gratificação de função ... 83

MAIORIDADE - V. **Pensão** ... 111

MAIORIDADE CIVIL DO INFRATOR - V. **Medida socioeducativa** ... 334

MANDADO DE SEGURANÇA - V. **Informações processuais por via telefônica** ... 35

- V. **Teto remuneratório** ... 37

- O mérito do mandado de segurança reside na concessão ou não da ordem. Se o juiz indeferir a inicial por não ser caso de impetração ou por não-atendimento às exigências legais, não pode ele proceder ao exame do mérito. É contraditória e ofende o princípio do devido processo legal, sendo nula, portanto, a sentença proferida no *writ* em que o juiz indefere liminarmente a petição inicial e extingue o processo sem julgamento do mérito, mas denega a segurança, examinando detalhadamente o pedido formulado, resultando disso uma decisão de mérito. ... 100

- V. **Litispendência** ... 111

- Se, ao praticar o ato impugnado, a autoridade reputada coatora agiu dentro dos limites de sua competência e em harmonia com decisão judicial, reconhece-se-lhe legalidade e, portanto, validade e eficácia. - ICMS - VAF-Valor Adicionado Fiscal ... 119

- V. **Sigilo/quebra** ... 213

- V. **Dilação probatória** ... 299

- A competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato praticado por Juiz da Turma Recursal do Juizado Especial é da própria Turma Recursal do Juizado Especial. - Ato de juiz da Turma Recursal do Juizado Especial - Competência ... 318

MÁRCIA DE PAOLI BALBINO, Dr.ª - Trato legal para o Direito Falimentar brasileiro e sua evolução para o atual paradigma - Doutrina ... 17

MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT, Dr. - Organização judiciária colonial Vila do Ribeirão

do Carmo - Nota histórica - Memória do Judiciário Mineiro 15

MASSA FALIDA - V. **Falência** 275

MATERIALIDADE DO DELITO - V. **Prisão preventiva** 389/414

MATRÍCULA - V. **Ensino superior** 323

MEDIDA DE SEGURANÇA - V. **Absolvição sumária** 331

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - A maioridade civil do infrator que praticou conduta criminosa antes de completar seus 18 anos não esgota a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa, pois a Lei nº 8.069/90 é norma especial de caráter amplo, que permite a aplicação de tal medida até o implemento da idade de 21 anos, não podendo portanto ser revogada pelas disposições do novo Código Civil, que, sendo norma de caráter geral, cuida estritamente das relações civis entre os indivíduos. - Maioridade civil do infrator 334

MEIO AMBIENTE - V. **Competência concorrente** 146

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Nota biográfica - Desembargador José Antônio Alves de Brito - Júnia Diniz 13

- Nota histórica - Organização judiciária colonial Vila do Ribeirão do Carmo - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant 15

MENOR - A Lei nº 8.069/90 - ECA - não exige o dolo por parte de quem divulga atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes aos quais se atribui ato infracional. Dessa forma, se a matéria veiculada por meio de emissora de rádio possibilitou a identificação do menor, imputando-lhe a prática de ato infracional, houve ofensa aos arts. 143 e 247 do citado estatuto, cabendo a aplicação da respectiva sanção. 105

- V. **Suprimento de idade para casamento** 209

- V. **Sigilo profissional** 219

- Todos os que comercializam revistas com conteúdo impróprio ou inadequado para criança e adolescente, e não apenas as editoras, têm o dever de observar as exigências impostas pelo art. 78 do ECA (Lei nº 8.069/90), sob pena de multa fixada nos termos do art. 257 do mesmo diploma legal. - Comércio de revista imprópria para menores - Responsabilidade de comerciante - Multa 304

- V. **Curatela** 311

- V. **Crime contra os costumes** 352

- V. **Revisão criminal** 352

MENOR HERDEIRA - V. **Seguro obrigatório** ... 139

- V. **Legitimidade ativa** 139

MENOR INABILITADO - O simples fato de o menor inabilitado estacionar o veículo de sua mãe na garagem, sem causar transtorno a quaisquer pessoas e sem haver perigo de dano concreto à incolumidade pública, não constitui ato infracional análogo a crime, e sim mera infração administrativa nos termos do art. 162, I, do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não configurada a prática do ato infracional, inexiste, por parte dos pais do menor, o cometimento da infração administrativa insculpida na norma do art. 249 da Lei nº 8.069/90, eis que não descumpriram os deveres inerentes ao pátrio poder, descabendo impor-lhes a multa prevista neste mesmo dispositivo. - Inabilitação - Pátrio poder - Multa 245

MINISTÉRIO PÚBLICO - V. **Improbidade administrativa** 63

- V. **Ilegitimidade ativa *ad causam*** 166

- A nulidade do processo expropriatório por ausência de intimação do Ministério Público só deve ser declarada quando faltar efetivamente a intimação.

- Cabe ao Ministério Público preocupar-se com a correta aplicação da lei, não lhe sendo permitido, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público e muito menos suprir as omissões dos procuradores de tais entidades.

- A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do MP, em ações de natureza expropriatória, pode ser objeto de controle pelo Judiciário. - Desapropriação - Intimação - Interesse público 273

- Cabe privativamente ao Órgão Ministerial promover a ação penal pública, ainda mais em processo-crime de competência originária, cuja competência é do Procurador-Geral ou daquele a quem ele delegar poderes; assim, deve-se excluir da denúncia a assinatura de assessor técnico, eis que ele não detém a competência necessária para figurar no pólo ativo da lide. - Denúncia - Processo-crime de competência originária - Ação penal pública - *In dubio pro societate* - Contraditório e ampla defesa 409

MISERABILIDADE DA VÍTIMA - A miserabilidade jurídica da vítima, para fins do art. 225, § 1º, I, do CP, pode ser comprovada mediante simples declaração verbal ou escrita, até que seja prolatada a sentença final. - Testemunha analfabeta - Nulidade - Crime contra os costumes - Palavra do ofendido - Crime tentado - Pena - *Iter criminis* 382

MOTIVO FÚTIL - V. **Homicídio culposo** 416

MULTA - V. **Embargos de declaração** 199

- V. **Cédula de crédito industrial** 210

- V. **Menor inabilitado** 245

- V. **Dano ambiental** 266

- V. **Menor** 304

MULTAS TRIBUTÁRIAS - Segundo interpretação lógica do inciso III do parágrafo único do art. 23 do Dec.-lei nº 7.661/45, a restrição à cobrança de multas tributárias não se aplica apenas aos créditos habilitados, mas atinge igualmente àqueles cobrados pela via da execução fiscal e, sendo tal restrição aplicável às penalidades pecuniárias (multas), difere da isenção, fenômeno atinente à obrigação de pagar tributos. - Devedor falido - Cobrança - Execução fiscal - Isenções heterônomas 279

MUNICÍPIO - V. **Competência concorrente** 146

- N -

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador José Antônio Alves de Brito - Memória do Judiciário Mineiro - Júnia Diniz 13

NOTA HISTÓRICA - Organização judiciária colonial Vila do Ribeirão do Carmo - Memória do Judiciário Mineiro - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant 15

NOTA PROMISSÓRIA - V. ***Factoring*** 49

NOTAS E COMENTÁRIOS - Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça Militar - Juiz Coronel Jair Cançado Coutinho - Notas e comentários 29

NOTIFICAÇÃO POR EDITAL - V. **Lançamento tributário** 94

NOVAÇÃO - V. **Execução fiscal** 215

NULIDADE - V. **Júri** 350

- V. **Pronúncia** 374

- V. **Testemunha analfabeta** 382

NULIDADE DE CONTRATO - V. **Ação popular** 184

- O -

ÓBITO - RETIFICAÇÃO DA *CAUSA MORTIS* - V. **Registro civil** 62

OBRA PÚBLICA - V. **Antecipação de tutela** .. 69

OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR - V. **Precatório** 59

ÔNUS DA PROVA - V. **Reincidência** 327

ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO - V. **energia elétrica** 161

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA COLONIAL VILA DO RIBEIRÃO DO CARMO - Memória do Judiciário Mineiro - Nota histórica - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant 15

- P -

PALAVRA DO OFENDIDO - V. **Crime contra os costumes** 382

PARCELAMENTO DE DÍVIDA - V. **Execução fiscal** 215

PARCELAMENTO DE TERRENO - V. **Execução de obrigação de fazer** 309

PARTILHA DE BENS - Para efeito de partilha de bens, após o acordo de separação, presume-se pertencer ao casal o dinheiro existente em depósito bancário à época da separação.

- Os equipamentos e móveis de consultório dentário constituem instrumentos de profissão, nos termos do art. 1.659, V, do novo Código Civil, pelo que

devem ser excluídos da comunhão e, conseqüentemente, da partilha de bens.

- Determinada a correção de algum valor retido por um dos cônjuges, por eqüidade os seus eventuais créditos também devem ser corrigidos. - Partilha de bens - Sucumbência recíproca - Separação judicial - Honorários de advogado **76**

- Se demonstrado que os divorciandos, quando ainda viviam juntos, venderam o único imóvel que possuíam, e que, posteriormente - durante prolongada separação de fato -, o ex-cônjuge-varão constituiu nova família, tendo construído outro imóvel com a ajuda de sua atual companheira, inviável se torna a pretensão da ex-esposa (com quem foi casado pelo regime da comunhão parcial) de reconhecimento de seu direito à partilha desse outro imóvel em decorrência do decretado divórcio, por não ter participado de sua aquisição. - Divórcio - Separação de fato - Imóvel **159**

- Na partilha de bens decorrente da dissolução do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, a ausência de comprovação de que um dos cônjuges participou financeiramente na construção da acessão sobre terreno de exclusiva propriedade do outro cônjuge impede o partilhamento do referido bem. - Separação judicial - Casamento - Comunhão parcial de bens - Embargos de declaração - Caráter protelatório - Multa **199**

- V. **Liquidação de sentença por arbitramento** **208**

PÁTRIO PODER - V. **Menor inabilitado** **245**

PECULATO - Se o funcionário público, em razão de seu cargo, utiliza-se de cheque de propriedade da prefeitura para se apropriar de dinheiro público, fica evidenciado o dolo necessário à configuração do crime de peculato. - Funcionário público **348**

PENA - Admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o crime não é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como as circunstâncias e os motivos indicam ser adequada e suficiente a sua substituição. - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inabilitação - Perigo de dano - Reincidência - Prova - Ônus da prova **327**

- A prática de fato definido como falta grave - fuga - acarreta a perda pelo reeducando do direito à remição da pena pelos dias trabalhados anteriores à fuga. O direito à remição, mesmo que reconhecido em decisão anterior, sujeita-se ainda a determinadas condições, dentre elas o bom comportamento do sentenciado. Qualquer desvio que venha a caracterizar falta grave enseja a perda dos dias remidos, uma vez que a remição da pena não constitui direito adquirido. - Remição da Pena - Falta grave - Fuga **345**

- V. **Confissão espontânea** **367**

- V. ***Sursis*** **367**

- A redução da pena em função do reconhecimento de que o crime teria sido praticado na sua modalidade tentada exige fundamentação que justifique o quanto de tal diminuição, motivação que se constrói com a análise do *iter criminis* percorrido pelo acusado até o momento em que não pôde consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. - Crime contra os costumes - Palavra do ofendido - Miserabilidade da vítima - Crime tentado - *Iter criminis* - Testemunha analfabeta - Nulidade **382**

- Se, apesar de o acusado ter sido condenado anteriormente por outro delito de apropriação indébita, não foi considerado reincidente, sendo a pena aplicada em patamar inferior a quatro anos e não havendo violência ou grave ameaça à pessoa, faz ele jus ao benefício da privativa de liberdade por restritiva de direitos. - Apropriação indébita - Falsificação de documento particular - Consunção - Princípio da consunção - Crime cometido por advogado - Denúncia - Reincidência - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **393**

- Quando o crime é cometido com violência contra a pessoa, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. - Resistência - Agressões físicas - Qualificadora - Lesão corporal - Concurso material - Desacato - Absorção - *Sursis* - Custas do processo penal **400**

- Deve ser concedida a remição da pena pelo estudo, tendo em vista que esta atividade se adequa perfeitamente à finalidade do instituto, que visa à ressocialização do condenado e sua integração na sociedade. - Execução penal - Remição da pena pelo estudo - Ressocialização do condenado **411**

- É possível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo que o réu seja reincidente em crime doloso, se ficar constatado que a medida é socialmente recomendável e que a reincidência não se tenha operado pela prática do mesmo crime. - Crime doloso - Reincidência - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **412**

PENHORA - V. **Embargos do devedor** **72**

- Se a penhora não cobre todo o valor do crédito, a execução terá como escopo a satisfação parcial do direito do credor, permitindo-se ao devedor a oportunidade de impugnar a cobrança. - Execução fiscal - Crédito Tributário - Prescrição - Decadência - **203**

- V. **Embargos de terceiro** **227**

- A existência de cláusula no contrato de sociedade de responsabilidade limitada que veda a transferência, alienação ou cessão, parcial ou total, das cotas, sem consentimento prévio e unânime dos demais sócios não impede a penhora das cotas da sociedade por dívida de um deles, pois o contrato não pode impor vedação que a lei não criou, a fim de vedar ao credor o direito de satisfazer seu crédito sobre o patrimônio do devedor.

- Antes da arrematação ou da adjudicação, os executados poderão requerer, no processo executivo, a substituição dos bens penhorados por dinheiro, na forma do art. 668 do CPC, ou mesmo, no momento oportuno, requerer a redução da penhora em conformidade com o art. 685, I, do CPC. Assim, o pedido de redução de penhora deve ser formulado na execução, e não nos embargos, pois estes são manejados em ação incidental que visa atacar o título executivo ou o próprio processo executivo, o que não importa em dizer que, nos embargos, deverão ser decididas as questões incidentais da execução. - Execução - Embargos do devedor - Cotas de sociedade - Arrematação - Sócios - Dissolução de sociedade **250**

- É impossível efetuar-se a penhora sobre bem alienado fiduciariamente, já que ele não integra o patrimônio do devedor. Entretanto, em decorrência do entendimento do inciso X do art. 655 do CPC, nada impede a constrição dos direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato. - Veículo - Alienação fiduciária - Citação **280**

PENSÃO - A norma prevista no § 7º do art. 40 da Carta Magna é dotada de auto-exeqüibilidade, prescindindo de lei regulamentadora acerca do direito ao recebimento da totalidade dos proventos que perceberia o ex-servidor, acaso fosse vivo, reputando-se inconstitucional lei estadual que disponha de outra forma.

- Por ser direcionada ao legislador infraconstitucional, a determinação prevista no art. 195, § 5º, da Constituição da República não impedia a aplicação imediata do art. 40, § 5º, da CF, não o fazendo também quanto ao atual § 7º, porquanto tais dispositivos tratam de benefício outorgado pelo próprio constituinte.

- A observância do § 7º do art. 40 da Constituição Federal para o pagamento de pensão aos dependentes de servidores falecidos não implica ofensa às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao princípio da correlatividade da prestação frente ao benefício e à quebra do equilíbrio financeiro atuarial, pois não há barreiras para o constituinte primevo. - Servidor falecido - Lei de Responsabilidade Fiscal **89**

- A co-beneficiária de pensão tem direito de acrescer à sua quota aquela que seu irmão recebia e cujo pagamento foi suspenso em decorrência da maioridade deste. - Maioridade - Mandado de segurança - Litispendência **111**

PERIGO DE DANO - V. **Inabilitação** **327**

PERMISSÃO REMUNERADA DE USO - A alteração do preço fixado em Termo de Permissão Remunerada de Uso é possível e, desde que seja observada a legislação de regência, pode ocorrer de forma unilateral. Por isso, quem adere à regra de correção do preço, divulgada em edital de concorrência para contratação de permissão remunerada de uso, quando se vê obrigado a pagar o novo valor da mensalidade, não pode alegar que o justo e razoável no momento de aceitação das regras da licitação passou a ser ilícito e imoral. **149**

PODER DISCRICIONÁRIO - V. **Execução de obrigação de fazer** **309**

POLICIAL MILITAR - O contraditório e a ampla defesa são direitos que devem ser assegurados a todos os litigantes nos processos administrativos, conforme se infere do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Assim, não basta a simples oitiva do militar para a sua exclusão dos quadros da Polícia, com fundamento em penalidade disciplinar, devendo o procedimento possibilitar a

defesa escrita, o termo de inquirição de testemunhas e outros atos sucessivos e ordenados, destinados à averiguação da realidade da falta cometida e à ponderação de suas circunstâncias, objetivando o regular julgamento, sob pena de nulidade do ato por vício de inconstitucional idade e ilegalidade.

- Embora haja orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que devem ser restaurados todos os direitos de que foi privado o servidor militar pelo período em que esteve afastado do cargo, quando judicialmente reconhecida a ilegalidade do ato de sua exclusão, não é justo nem razoável efetuar o pagamento dos soldos do militar relativos ao período de quase cinco anos em que se manteve inerte para postular em juízo a sua reintegração, pois, durante esse período, presume-se que ele tenha realizado atividades remuneradas para sobreviver. Assim, o pagamento deve incidir sobre as parcelas vencidas a partir da citação, época em que o Estado tomou conhecimento da irresignação do praça contra a sua exclusão dos quadros da PMMG, não podendo o militar ser premiado com a sua inércia, à custa dos cofres públicos. - Processo administrativo-disciplinar - Contraditório e ampla defesa - Exclusão disciplinar - Reintegração ao cargo **155**

- O policial militar não tem o direito absoluto à promoção, quer por merecimento ou por antiguidade, eis que os arts. 203 e 209 da Lei nº 5.301/69 impõem condições referentes à idoneidade moral, ao respeito e à honradez à instituição policial militar para tal fim, não cabendo ao Poder Judiciário substituir a autoridade militar e a administrativa para conceder tal direito. - Promoção **247**

PORTARIA - Portaria não possui capacidade hierárquica para revogar resolução, ainda que o objetivo seja o de corrigir irregularidade ou ilegalidade. - Hierarquia das leis - Vereador - Teto remuneratório - Subsídio **205**

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - A despeito da prevalência da corrente que defende a tese de que a posse de arma de fogo sem autorização, em qualquer circunstância, configura crime - tese esta que, na verdade, melhor se ajusta à política criminal vigente, imposta pela nova lei -, não se pode descurar da razoabilidade, a ser aferida no caso concreto. Assim, querer que um cidadão rurícola se ponha a ir à cidade em busca de legalização da arma caseira que herdou dos avós é desconsiderar a realidade.

- Manifesta a inconsciência da ilicitude por parte do agente, bem como a ausência de ofensividade da conduta, dá-se pela atipicidade dos atos. - Denúncia - Desacato **354**

PRÁTICA DE FALTA GRAVE - V. **Remição de pena** **345**

PRAZO - Os prazos para interposição de recurso nas comarcas do interior cujas intimações dos atos judiciais se dão pelo *Minas Gerais* começam a fluir dois dias úteis após sua publicação em conformidade com o art. 4º da Resolução nº 412/2003, da Corregedoria de Justiça. - Recurso - Comarca do interior - Inventário - Remoção de inventariante - Sonegação de bens **257**

PRAZO DECADENCIAL - V. **Atentado violento ao pudor** **359**

PRAZO EM DOBRO - A existência de litisconsórcio passivo enseja a dobra do prazo para contestar ou recorrer, cabendo a aplicação da regra do art. 191 do CPC, mesmo quando apenas um dos litisconsortes recorra de decisão interlocutória que concede liminar em ação possessória. - Litisconsórcio - Reintegração de posse - Agravo - Descumprimento de diligência - Prova - Liminar **281**

PRAZO RECURSAL - V. **Agravo** **270**

PRECATÓRIO - Consoante o disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC nº 30/00, tratando-se de pagamento de obrigações de pequeno valor, assim definidas pela Lei nº 10.259/01, dispensa-se a expedição de precatório. - Honorários de advogado - Obrigações de pequeno valor - Preclusão **59**

- V. **Crédito de natureza alimentar** **260**

PRECLUSÃO - Se o despacho que ordena o pagamento por meio de precatório não modifica questões de direito já decididas, mas apenas determina um outro meio para a quitação dos créditos, não há que se falar em preclusão. - Honorários de advogado - Precatório - Obrigações de pequeno valor **59**

- Se as partes, ao se manifestarem sobre o laudo pericial, nada peticionaram sobre a indicação do perito judicial ou sobre a nulidade de sua indicação, não questionando, na oportunidade, qualquer impedimento em relação a ele, configura-se renúncia ao direito de fazê-lo posteriormente, tornando-se preclusa a matéria nos termos do art. 245, *caput*, do CPC. - Laudo pericial - ICMS - Competência territorial - Crédito tributário - Auto de infração - Exportação **130**

PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. ***Habeas data*** **291**

PREFEITO - V. **Improbidade administrativa** ... **230**

- Ante os indícios de que o prefeito teria deixado de observar as formalidades previstas na Lei nº 8.666/93, no que respeita à dispensa de licitação, tendo também fraudado o caráter competitivo do processo licitatório, com afronta à igualdade entre os licitantes, praticando, em tese, os delitos dos arts. 89 e 90 da mesma lei, impõe-se o recebimento da denúncia para que prossiga a ação penal, durante a qual, sob o crivo do contraditório e pelo exame das provas, poderá o denunciado demonstrar a ausência de ilegalidade ou dolo na sua conduta. - Licitação - Dispensa de licitação - Denúncia **328**

PREGÃO ELETRÔNICO - V. **Licitação** **241**

PREJUÍZO AO ERÁRIO - V. **Improbidade administrativa** **230**

PRENOME - V. **Registro civil** **220**

PRESCRIÇÃO - V. **Crédito tributário** **94/203**

- V. **Estabilidade excepcional** **216**

PREVENÇÃO - V. **Competência** **404**

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - V. **Consunção** **333/393**

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - O princípio da identidade física do juiz somente ocorre quando ele realiza a instrução e colhe prova oral em audiência, concluindo a instrução. - Conexão - Sindicato - Acordo/legitimidade de parte **151**

PRINCÍPIO DA IGUALDADE - V. **Regime de bens** **293**

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS - V. **Concurso público** **234**

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - É defeso à Administração Pública, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, aplicar qualquer sanção ao particular ao argumento de ser vedada sua atividade comercial, se não existe lei proibitiva nesse sentido, além de a atividade constar do objeto social da sociedade. O agente público que age em contrário comete excesso de poderes, maculando o seu ato com o vício da ilegalidade, e este não pode produzir quaisquer efeitos jurídicos. - Drogaria e *drugstore* - Auto de infração **201**

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - V. **Informações processuais por via telefônica** **35**

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - V. **Improbidade administrativa** (STJ) **421**

PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI - V. **Júri** **350/387**

PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - V. **Competência recursal criminal** **44**

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO - V. **Insalubridade** **249**

PRISÃO CAUTELAR - V. ***Habeas corpus*** **389**

PRISÃO CIVIL - V. **Alimentos** **55/56**

PRISÃO EM FLAGRANTE - Havendo uma testemunha presencial do delito, além do condutor, tendo a autoridade policial ouvido a testemunha de apresentação, não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante. - *Habeas corpus* - Auto de prisão em flagrante - Prisão preventiva - Crime contra a propriedade industrial - Autoria - Materialidade do delito - Competência - Reincidência **414**

PRISÃO PREVENTIVA - Havendo prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, tratando-se de delito grave, que atinge valores sociais relevantes e causa negativa repercussão na comunidade, denotando o agente elevado grau de periculosidade, justifica-se a prisão preventiva para garantir a ordem pública e preservar o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional, não sendo admissível a concessão da liberdade provisória, ainda que o réu seja primário e tenha residência fixa no distrito da culpa.

- A circunstância de o processo encontrar-se com a instrução probatória concluída, já tendo ingressado na

fase de alegações finais, recomenda prudência no reexame da necessidade e conveniência da manutenção da prisão preventiva, sendo razoável facultar tal providência ao magistrado de primeiro grau que está na iminência de imprimir o desfecho à demanda, decidindo, inclusive, sobre a conveniência de o réu permanecer sob custódia. - *Habeas corpus* - Prisão cautelar - Roubo qualificado - Instrução probatória - Alegações finais **389**

- A teor do art. 311 do CPP, a prisão preventiva somente pode ser decretada no bojo do inquérito ou dos autos de ação penal, quando presentes os requisitos legais, devendo a decisão estar devidamente fundamentada. É ilegal a prisão preventiva decretada por despacho sumaríssimo, mediante representação da autoridade policial, desacompanhado de qualquer elemento de convicção, antes mesmo da instauração do competente inquérito policial. **403**

- Comprovada a materialidade do delito, havendo indícios da autoria, sendo o paciente reincidente específico e estando respondendo a outro inquérito policial também pelo mesmo crime, encontram-se presentes as razões de cautela, devendo ser mantida a prisão preventiva, como garantia da ordem pública. - *Habeas corpus* - Prisão em flagrante - Auto de prisão em flagrante - Crime contra a propriedade industrial - Reincidência - Autoria - Materialidade do delito - Competência **414**

PRISÃO PROVISÓRIA - V. **Constrangimento ilegal** (STF) **444**

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - É necessária a instauração de procedimento administrativo quando da anulação de ato da Administração Pública considerado ilegal, pois o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado. Assim, embora entenda ilegal o pagamento de determinado adicional a servidores, não pode a Administração Pública suprimi-los com amparo na Súmula 473 do STF, sem assegurar-lhes o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mormente quando essa supressão afete situações jurídicas já consolidadas. - Ato administrativo/anulação - Adicional/supressão **79**

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - V. **Policial militar** **155**

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - V. **Ministério Público** **409**

PROCESSUALÍSTICA MODERNA - V. **Agravo** **270**

PROCURADOR - Falta legitimidade ao procurador para, em nome próprio, pleitear indenização por supostos danos causados ao mandatário (CPC, art. 6º), uma vez que essa hipótese não comporta a figura da substituição processual. - Ilegitimidade ativa - Indenização - Prova - Reparação de danos - Sinistro - Veículo - Substituição processual - Extinção do processo - Sucumbência - Denunciação da lide - Honorários de advogado **243**

PROMOÇÃO - V. **Policial militar** **247**

PRONTUÁRIO MÉDICO - V. **Sigilo profissional** **219**

PRONÚNCIA - Na fase de pronúncia só é admissível o decote de circunstâncias qualificadoras quando manifestamente improcedentes. Havendo dúvida, cabe ao Tribunal do Júri, dentro de sua competência constitucional, decidir.

- Tendo o réu sido preso em flagrante e nessa condição mantido até a sentença de pronúncia, não há como ser colocado em liberdade, ainda mais se responde por crime hediondo, que não admite liberdade provisória. - Nulidade - Qualificadora - Liberdade provisória - Crime hediondo **374**

PROSTITUIÇÃO - O fato de o proprietário de um barracão destinado a moradia familiar permitir que um casal de namorados o utilize para encontros amorosos proibidos não é suficiente para caracterizar o crime previsto no art. 229 do CP, que exige prova inequívoca de que o local seja utilizado habitualmente para encontros com fins libidinosos e a existência de prostituta, devendo o magistrado analisar o caso com o olhar atual, e não voltado para os anos de 1940. ..... **370**

PROVA - V. **Registro civil** **62**

- A iniciativa probatória do juiz é ato reservado a seu critério, quando entender indispensável ao desate da lide, nas hipóteses de alta indagação ou grande complexidade, não lhe sendo exigível que o faça quando tal dever competia à parte que não o fez. Havendo elementos suficientes a embasar a decisão, nada impede que o julgador o faça, com base nas provas trazidas aos autos. - Improbidade administrativa - Danos ao erário/ressarcimento **63**

- V. **Pregão eletrônico** **241**

- V. **Reparação de danos** **243**

- V. **Reintegração de posse** **281**

- A possibilidade de ser ordenada de ofício qualquer prova constitui atividade meramente supletiva do juiz, que não fica obrigado a determinar esta ou aquela diligência, cabendo à parte o ônus da prova. - Ônus da prova - Inabilitação - Perigo de dano - Reincidência - Pena - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **327**

- V. ***Habeas corpus*** **385**

- V. **Livramento condicional** **413**

- V. **Gravação de conversa** (STF) **433**

PROVA INDIRETA - V. **Investigação de paternidade** **289**

PROVA TESTEMUNHAL - V. **Investigação de paternidade** **289**

- Q -

QUALIFICADORA - V. **Pronúncia** **374**

QUEIXA-CRIME - V. **Ação penal/trancamento** **385**

- R -

RADAR - V. **Infração de trânsito** **302**

RECOLHIMENTO DE RÉU À PRISÃO - V. **Apelação em liberdade** **378**

RECURSO - V. **Prazo** **257**

REGISTRO CIVIL - A lei não confere a possibilidade de se suprimir o prenome em razão de seu desuso.

- V.v.: - O art. 58 da Lei nº 6.015/73, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.708/98, admite a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, tornando, assim, mais flexível a retificação do nome civil, que não mais se restringe às mudanças em caso de exposição ao ridículo ou de erro gráfico evidente. Assim, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para o resguardo de interesses de terceiros e para que a identidade do pretendente não seja ocultada, deve-se permitir a retificação de seu prenome por aquele conhecido no ambiente social e profissional. - Prenome **220**

REGIME DE BENS - Não obstante celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento poderá ter seu regime de bens alterado, desde que satisfeitos os requisitos do § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil, na medida em que ali não se excepcionaram os casamentos anteriores, também não o fazendo o art. 2.039, salvo no tocante à ressalva da inalterabilidade automática do regime. Desaparecendo a motivação que impedia a alteração do regime de bens do casamento, não se justifica a distinção entre casamentos novos e antigos, uma vez que o instituto é único e, em se tratando de situação que exige requerimento conjunto, não haverá prejuízo para os cônjuges.

- V.v: - Em conformidade com o art. 2.039 do novo Código Civil, o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por este estabelecido. Assim, como não havia a previsão de mudança de regime, persiste a vedação, não encontrando a pretensão dos apelantes respaldo legal. - Casamento - Princípio da igualdade **293**

REGISTRO DE IMÓVEIS - V. **Loteamento irregular** **114**

REGISTRO CIVIL - Uma vez constatada a existência de erro no registro de óbito, é possível a sua retificação, nos termos do disposto no artigo 109 da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos. Embora o procedimento de jurisdição voluntária tenha caráter administrativo, o magistrado pode propiciar à parte requerente a produção de provas visando à demonstração da verdade de suas alegações e à retificação de registro de óbito. - Óbito/retificação da *causa mortis* - Prova **62**

- Tratando-se de ação relativa ao estado das pessoas, como é o caso de ação de anulação de registro civil cumulada com investigação de paternidade, em que o autor visa desconstituir o seu registro de nascimento, por nele constar a filiação em nome dos avós, o litisconsórcio necessário é claro, à luz do art. 47 do CPC, sendo ineficaz a sentença, quando não forem citados todos os litisconsortes. Assim, na hipótese de falecimento de litisconsortes, os herdeiros destes devem ser citados, sob pena de se declarar extinto o processo, nos termos do parágrafo único daquele artigo.

- V.v.: - Em ação de anulação de registro civil cumulada com investigação de paternidade, decorrente do apontamento de falsidade ideológica dos avós já falecidos, que registraram o neto como filho, a exigência de citação de litisconsórcio passivo necessário constitui ato de mera burocracia processual, devendo ser afastada, por não trazer qualquer efeito prático ou fático para a composição da lide, se inexistem conseqüências de ordem penal, uma vez que essas não passam das pessoas envolvidas. - Anulação de registro civil . c/c . investigação de paternidade - Litisconsórcio necessário **126**

REINCIDÊNCIA - O juiz não pode agravar a pena pela ocorrência de circunstância reincidente se inexiste certidão comprobatória do trânsito em julgado de condenação anterior. - Ônus da prova - Prova - Inabilitação - Perigo de dano - Pena - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos **327**

- V. **Pena** **393/412**

- V. **Prisão preventiva** **414**

REINTEGRAÇÃO AO CARGO - V. **Policial militar** **155**

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Tratando-se de ação de reintegração de posse, para ser outorgada a proteção *recuperandae*, ainda que em caráter liminar, mister se faz que o demandante prove sua posse anterior, a perda de forma injusta e a arbitrária posse atual do demandado. Logo, se a documentação trazida aos autos não comprova a existência de posse anterior, falta o primeiro requisito, o que torna insustentável a liminar eventualmente concedida. - Agravo - Litisconsórcio - Descumprimento de diligência - Prova - Liminar **281**

REMESSA DE MERCADORIAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS - V. **ICMS** **123**

REMIÇÃO DA PENA - V. **Pena** **345**

REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO - V. **Pena** ... **411**

REMOÇÃO DE INVENTARIANTE - Se os fatos narrados na inicial do incidente de remoção de inventariante incutem no julgador uma quebra de confiança em relação ao inventariante, correta se mostra a sua decisão de removê-lo, mormente se o faz em favor do herdeiro que se encontra na posse e administração do bem inventariado. Inventariante - Inventário - Prazo - Recurso - Comarca do interior - Sonegação de bens **257**

REMUNERAÇÃO DE SÍNDICO - V. **Falência** **275**

REPARAÇÃO - V. **Dano ambiental** **266**

REPARAÇÃO DE DANOS - Em pedido de reparação de danos decorrentes de sinistro envolvendo veículo, à falta de elementos probatórios da tradição ou em caso de dúvida sobre esse fato, define-se o proprietário do bem pelo registro deste no órgão de trânsito competente. - Veículo - Indenização - Procurador - Ilegitimidade ativa - Substituição processual - Extinção do processo - Sucumbência - Denunciação - Honorários de advogado **243**

REPRESENTAÇÃO - V. **Crime contra os costumes** **352**

REPRESENTAÇÃO DE SÍNDICO POR ADVOGADO - V. **Falência** **276**

REPRESENTAÇÃO OFERECIDA POR MÃE DE MENOR - V. **Crime contra os costumes** **352**

RESERVA DE BENS - V. **Competência** **300**

RESISTÊNCIA - O crime de resistência exige, para a sua configuração, o dolo no procedimento do agente, consistente na consciência de que está resistindo a ato legal do funcionário. Se o acusado se opõe à penhora e à remoção do bem, porque considera ser ilegal e injusto o ato do oficial de justiça, visto que dito bem já não mais lhe pertencia, fica evidente a ausência de dolo na conduta do réu, pois está ele a supor que protege propriedade de terceiro, devendo ser reconhecida em seu favor a excludente de ilicitude. - Dolo - Legítima defesa de bem de terceiro - Excludente de ilicitude **346**

- Fica configurado o crime de resistência, quando o agente se opõe à efetiva ordem de prisão legal, mediante violência, caracterizada por agressões físicas aos milicianos. Todavia, a qualificadora prevista no § 1º do art. 329 do CP deve ser afastada, se o acusado é preso e detido, executando-se regularmente o ato.

- Frente ao disposto no § 2º do art. 329 do Código Penal, deve-se punir a lesão corporal resultante da resistência em concurso material.

- O delito de resistência cometido pelo réu, ao opor-se à ordem de prisão, absorve os de desacato, de desobediência, de injúria ou de ameaça, quando praticados em um mesmo episódio, pois quem resiste à voz de prisão sempre o faz com violência física e ofensas morais ao executor da ordem, não havendo que se falar, portanto, em concurso material de delitos. - Lesões corporais - Qualificadora - Concurso material - Desacato - Absorção - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - *Sursis* - Custas do processo penal **400**

RESISTÊNCIA E DESACATO - V. **Consunção** ... **333**

RESOLUÇÃO DA ANEEL
- Nº 456, de 2000 ..... **142**

RESOLUÇÃO DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
- Nº 412, de 2003 - Art. 4º **257**

RESOLUÇÃO DA CORTE SUPERIOR DO TJMG
- Nº 407, de 2003 ..... **181**

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
- Nº 1.246, de 1988 (Código de Ética Médica) **219**

RESOLUÇÃO DO CONTRAN
- Nº 141, de 2002 ..... **302**

RESPONSABILIDADE DE COMERCIANTE - V. **Menor** **304**

RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO - V. **Pena** **411**

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - V. **Registro civil** **62**

REVEL - INTIMAÇÃO - V. **Cerceamento de defesa** **114**

REVISÃO CRIMINAL - É lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir uma condenação que, em tese, revelou-se injusta. Para tanto, o peticionário deverá trazer aos autos prova que demonstre a injustiça da decisão revidenda. Se seus argumentos não passam de meras alegações desprovidas de fundamentação, não há elementos suficientes para desconstituir a coisa julgada.

- É inadmissível a utilização da revisão criminal como uma segunda apelação, uma vez que o juízo revisional não comporta nova avaliação de prova. - Crime contra os costumes - Atentado violento ao pudor - Representação **352**

RICMS/91
- Art. 13, VII, *c* **23**

RITJMG
- Art. 329 ..... **321**

ROUBO QUALIFICADO - V. **Prisão preventiva** ... **389**

- S -

SEGURO OBRIGATÓRIO - Possui a mãe legitimidade para requerer o levantamento do valor do seguro obrigatório pertencente à filha, menor impúbere, o que não retira da seguradora o direito de consignar em juízo a respectiva importância, se mais de um beneficiário vier a disputá-la e se houver dúvidas sobre o verdadeiro credor.

- Não se pode exigir o desnecessário inventário para a prática de um ato tão singelo quanto o levantamento do valor do seguro obrigatório, devendo prevalecer, até prova em contrário, o inteiro teor das certidões de nascimento e de óbito, rezando a última ser a única filha deixada pelo falecido aquela apontada como beneficiária do valor levantado.

- V.v.: - Falta à autora legitimidade para requerer o valor do seguro obrigatório, nos exatos termos do art. 4º da Lei nº 6.194/74 , o qual prevê que a indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; e, na sua falta, aos herdeiros legais. Corrobora ainda a ausência de legitimidade da autora a falta do interesse de agir, haja vista que da redação do art. 5º da referida Lei nº 6.194/74 se tem que o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa. - Legitimidade ativa - Alvará judicial - Acidente de trânsito - Menor herdeira **139**

SENTENÇA - Não procede a preliminar de nulidade do *decisum* à ausência de fundamentação suficiente, visto que, embora sucinta, observou o constante dos incisos I a III do art. 458 do CPC. - Improbidade administrativa - Lesividade ao erário - Nulidade de contrato - Ação popular - Ação civil pública **184**

- V. **Réu desaparecido do distrito da culpa** **378**

SENTENÇA DE PRONÚNCIA - V. **Constrangimento ilegal** (STF) **444**

SEPARAÇÃO DE CORPOS - Se a medida cautelar de separação de corpos foi concedida para evitar atritos desnecessários entre cônjuges que não mais pretendem viver juntos e se a análise do acervo instrutório dos autos evidencia ter sido esta a melhor solução para o casal desavindo, impõe-se sua manutenção. Ademais, somente no curso da respectiva ação, com a plena instrução da causa, aferir-se-á, em definitivo, a respeito. - Cautelar - Guarda provisória de filhos - Interesse de menor **255**

SEPARAÇÃO DE FATO - V. **Partilha de bens** ... **159**

SEPARAÇÃO JUDICIAL - V. **Partilha de bens** **76/199**

SERVIÇO ESSENCIAL - V. **Taxa de combate a sinistros** (STF) **434**

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - V. **Antecipação de tutela** **69**

SERVIDOR - V. **Teto remuneratório** **37**

- V. **Devido processo legal** **79**

- V. **Magistério** **83**

- V. **Estabilidade excepcional** **136/216**

- V. **Gratificação *pro laborem*** **211**

- V. **Insalubridade** **249**

SERVIDOR CONTRATADO - VERBAS SALARIAIS - V. **Competência** **224**

SERVIDOR FALECIDO - V. **Pensão** **89**

SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO - V. **Gratificação *pro laborem*** **211**

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - V. **Convênio** **116**

- V. **Ipsemg** **116**

SIGILO PROFISSIONAL - Conforme se depreende da leitura do art. 102 do Código de Ética Médica, o sigilo profissional não é absoluto, sofre exceções quando se tratar de justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente. - Menor - Código de Ética Médica - Prontuário médico **219**

SIGILO - QUEBRA - A operadora de telefonia celular possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança visando impedir a quebra de sigilo das comunicações do serviço móvel celular de todos os seus clientes de forma ampla, a ponto de atingir a universalidade dos usuários, eis que, por lei, lhe cabe a obrigação de resguardar tal sigilo.

- A quebra de sigilo de comunicação telefônica de todos os clientes da operadora de telefonia celular, por autorização judicial, sob a alegação de investigação policial, afronta disposições da Lei nº 9.296/96, pois tal diploma legal prevê que a quebra desse sigilo só é possível quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, sendo necessária a individualização de nomes ou a especificação dos números telefônicos. É inadmissível invocar o interesse público e a necessidade de se proceder a investigação criminal mais célere, para justificar a quebra de sigilo de dados protegidos por lei, relativos a uma universalidade de clientes não especificados. - Mandado de segurança - Comunicação telefônica - Telefone celular **213**

SINDICATO - É o sindicato parte legítima para concretizar acordo em nome de seus membros, mormente quando os termos da avença foram deliberados em assembléia geral extraordinária, em que estiveram presentes as representantes das empresas, que com eles concordaram, nos termos do preceptivo de regência. - Princípio da identidade física do juiz - Conexão - Acordo/legitimidade de parte **151**

SOCIEDADE DE FATO - V. **União estável** **171**

SÓCIOS - V. **Penhora** **250**

- V. **Execução** **250**

SONEGAÇÃO DE BENS - Correta é a decisão do juiz singular que suspende o curso do processo de inventário e remete as partes às vias ordinárias para dirimirem questão relativa a suposta sonegação de bens. - Inventariante - Inventário - Remoção de inventariante - Prazo - Recurso - Comarca do interior **257**

SUBSÍDIO - V. **Teto remuneratório** **205**

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - V. **Pena** **327/393/400/412**

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - V. **Guarda de menor** **223**

- V. **Procurador** **243**

SUCATA - INDUSTRIALIZAÇÃO - V. **ICMS** **53**

SUCUMBÊNCIA - O Código de Processo Civil albergou o princípio da sucumbência, pelo qual o vencido arcará com todas as despesas do processo, inclusive a verba honorária, independentemente da sua motivação à instauração da lide. - Honorários de advogado - Bens móveis - Impenhorabilidade **74**

- Extinto o processo principal, sem apreciação do mérito, há sucumbência na lide secundária, devendo o réu-denunciante, na denunciação em que não ocorre a perda do direito de regresso (garantia simples ou imprópria), arcar com os honorários advocatícios do litisdenunciado. - Extinção de processo - Indenização - Procurador - Ilegitimidade ativa - Substituição processual - Prova - Reparação de danos - Sinistro - Veículo - Denunciação da lide - Honorários de advogado **243**

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - V. **Honorários de advogado** **76**

SÚMULA DO STF
- Nº 473 ..... **79**
- Nº 596 ..... **102**

SÚMULA DO STJ
- Nº 93 ..... **102**

SÚMULA DO TJMG
- Nº 04 ..... **374**
- Nº 43 ..... **367**
- Nº 58 ..... **400**
- Nº 64 ..... **374**

SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAMENTO - Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária de suprimento de idade para o casamento, é possível autorizar a dispensa dos proclamas, mormente quando o noivo ingressa nos autos e anui à justa manifestação da noiva em estado de gravidez avançado. - Dispensa de proclamas - Jurisdição voluntária - Menor **209**

SURSIS - Atendidos os requisitos do art. 77 do CP, é de se conceder à ré a suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo. - Corrupção de menores - Furto/tentativa - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Pena **367**

- Se o acusado possui condenação anterior com trânsito em julgado por crime doloso, indefere-se o pedido de suspensão condicional da pena, a teor do art. 77, I, do Código Penal. - Resistência - Agressões físicas - Qualificadora - Lesão corporal - Concurso material - Desacato - Absorção - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Custas do processo penal **400**

- A constatação dos requisitos necessários à aplicação da suspensão condicional da pena conduz ao seu deferimento, competindo ao juízo da execução a exata fixação preliminar; e, no mérito, nega-se provimento ao apelo ministerial e dá-se parcial provimento ao apelo defensivo. - Júri - Homicídio culposo - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Desclassificação do crime - Agravante genérica - Motivo fútil **416**

- V. **Improbidade administrativa** (STJ) **421**

- T -

TAXA - V. **Entidade sindical** **93**

- V. **Limpeza pública** **93**

- V. **Limpeza e iluminação públicas** **94**

TAXA DE COMBATE A SINISTROS - I. É legítima a cobrança da taxa de combate a sinistros, uma vez que instituída como contraprestação a serviço essencial. Precedentes: RE 206.777-SP, Plenário, e RE 233.784-SP.

- II. Agravo não provido (STF) **434**

TÁXI - V **Transporte intermunicipal de passageiros** **232**

TELEFONE CELULAR - V. **Sigilo/quebra** **213**

TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - V. **Ato/ validade** **35**

TESTEMUNHA - V. **Investigação de paternidade** **289**

TESTEMUNHA ANALFABETA - A ausência de assinatura de testemunha a rogo daquela que após apenas sua impressão digital constitui mera irregularidade, que não implica nulidade, pois a

essência do ato deve ser mais importante que a formalidade. - Nulidade - Miserabilidade da vítima - Crime contra os costumes - Palavra do ofendido - Crime tentado - Pena - *Iter criminis* **382**

TETO REMUNERATÓRIO - A lei nova, em cuja concepção se inclui a emenda constitucional, não tem força para excluir ou mitigar situações jurídicas que se refiram a direitos definitivamente constituídos e imunes à irredutibilidade de vencimentos. A incidência imediata da Emenda Constitucional nº 41/2003 não pode resultar no decréscimo de quantias que, licitamente, vinham percebendo os servidores públicos. Concede-se a segurança. - Servidor - Irredutibilidade de vencimentos - Mandado de segurança **37**

- O § 4º do art. 39 da CF, com a redação que lhe deu a EC nº 19/98, não terá eficácia, enquanto não houver a fixação do teto remuneratório por lei de iniciativa conjunta dos presidentes dos Poderes da República. Assim, a fixação dos subsídios dos vereadores deve-se fazer, por enquanto, por intermédio de resolução da câmara, nos termos do inciso VI do art. 29 da CF/88. - Vereador - Subsídio - Hierarquia das leis **205**

TÍTULO EXECUTIVO - V. **Antecipação de tutela** **69**

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - O instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública visando garantir o pagamento de alimentos constitui título executivo extrajudicial apto a embasar ação de execução de alimentos, a teor do art. 585, II, do CPC. - Alimentos/acordo referendado pela Defensoria Pública **108**

- V. **Falência** **283**

TORTURA - V. ***Habeas corpus*** (STF) **440**

TRÁFICO - V. **Apelação em liberdade** **378**

- V. **Liberdade provisória** **380**

TRÁFICO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - V. **Competência** **404**

TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE - V. **Embargos de terceiro** **227**

TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - A simples licença do veículo junto ao Detran/MG e a concessão municipal para táxi não autorizam o transporte rodoviário intermunicipal de pessoas em veículo de aluguel, ainda que em viagem caracterizada como eventual, especial ou gratuita, pois a legislação vigente (art. 2º do Decreto Estadual nº 39.608/98) exige, para tanto, prévia autorização do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais-DER/MG.

- A fiscalização do serviço de transporte intermunicipal é um direito do cidadão usuário e não constitui afronta ao livre exercício profissional do concessionário, pois, sendo o serviço regulado e concedido pelo Estado, é necessário evitar o transporte clandestino, capaz de provocar a insegurança do transportado. - Táxi **232**

TRATO LEGAL PARA O DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO PARA O ATUAL PARADIGMA - Doutrina - Dr.ª Márcia de Paoli Balbino **17**

TUTELA ANTECIPADA - É admissível a antecipação da tutela para permitir ao Município o início de obras públicas em imóvel de propriedade particular, visando impedir danos ao meio ambiente, quando houver depósito prévio de caução determinado judicialmente, ainda que o valor desse depósito seja insuficiente para indenização dos danos ou prejuízos que o uso da propriedade pelo Poder Público efetivamente causará ao imóvel serviente, pois poderá haver complementação do depósito no decorrer da instrução processual ou o valor da condenação poderá ocorrer, a final, na sentença, valendo como título executivo a favor do proprietário do imóvel serviente. - Dano ambiental - Servidão administrativa - Obra pública - Caução - Título executivo **69**

- U -

UNIÃO ESTÁVEL - O reconhecimento da união estável de conviventes, que não se desvincularam de seus casamentos anteriores, é uma afronta a princípios basilares do direito de família ainda vigentes na ordem jurídica nacional, pois esse reconhecimento implicaria aceitação da bigamia e a prevalência da entidade familiar informal sobre o instituto do casamento civil.

- Para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento.

- V.v.p.: - Comprovada a convivência duradoura, há de ser reconhecida a união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, caracterizado por estarem ambos os conviventes, ou um deles, vinculados a casamento civil anterior. - Sociedade de fato - Concubinato impuro - Despacho ordinário - Impugnação à contestação - Agravo **171**

- V. **Falso testemunho** **356**

- V -

VAF-VALOR ADICIONADO FISCAL - V. **ICMS** .. **119**

VALETA ABERTA EM VIA PÚBLICA - V. **Indenização** **268**

VALOR DA CAUSA - V. **Cédula rural pignoratícia** **312**

VEÍCULO - V. **Embargos de terceiro** **227**

- V. **Reparação de danos** **243**

- V. **Penhora** **280**

VENCIMENTOS - V. **Teto remuneratório** **37**

VERBA ALIMENTAR - V. **Coisa julgada** **272**

VEREADOR - A decisão plenária de câmara municipal que mantém na vereança edil que tem duplo domicílio e residência, desde antes do registro de sua candidatura ao cargo, não ofende a lei orgânica do município, que veda o exercício do mandato de vereador residente em outro município, inexistindo ilegalidade ou imoralidade administrativa naquela deliberação administrativa, pelo que descabe ser anulada pela via da ação popular. - Ação popular - Câmara Municipal - Decisão plenária - Imoralidade administrativa **71**

- V. **Teto remuneratório** **205**

- Em conformidade com o inciso III do art. 15 da Constituição Federal, que se reveste de auto-aplicabilidade, a suspensão do mandato de vereador por condenação criminal deve ocorrer, independentemente de qualquer formalidade, enquanto durarem os efeitos da condenação.

- A condenação por sentença criminal transitada em julgado não se encontra entre os itens enumerados no art. 4º do Decreto-lei nº 201/67, que estabelece as infrações político-administrativas sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. - Direitos políticos/suspensão **315**

VICE-DIRETOR DE ESCOLA ESTADUAL - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - V. **Magistério** **83**

VIOLAÇÃO DE MEDIDOR DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - V. **Energia elétrica** **142**

VIOLÊNCIA PRESUMIDA - V. **Decadência** **360**