

Um produto da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a Revista *Jurisprudência Mineira* inaugura, com este volume, uma nova fase em sua existência mais que cinquentenária. A capa principal traz tomada de montanhas características de Minas e resgata um pouco da história do Tribunal: fachada do Tribunal da Relação, em Ouro Preto; vista mais antiga do Palácio da Justiça Rodrigues Campos, um dos marcos da arquitetura da Capital; e o mesmo Palácio tal como se apresenta hoje. Abaixo, salão de reuniões da Corte Superior.

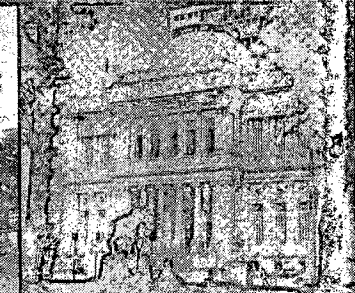
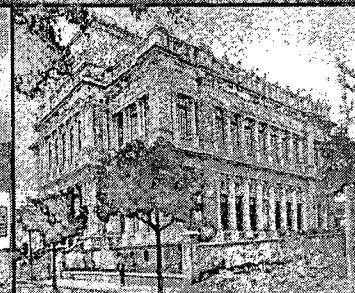
Destacam-se, no Vol. 165, além de decisões do TJMG, do STJ e do STF, um pouco da memória do Judiciário, matérias de doutrina, reflexões e discursos, estes por ocasião de recente homenagem a Desembargadores e Juizes aposentados e da solenidade de transmissão do cargo de Presidente do TJMG, em agosto de 2003. E os índices numérico e alfabético e remissivo facilitam a pesquisa de acórdãos específicos ou de temas objeto das decisões ou artigos.

Este número consolida a fase eletrônica da Revista, passando esse formato a integrá-la. Excepcionalmente, o CD-ROM deste volume oferece os Vols. 109 a 164, bem como os Códigos (Civil, Comercial, de Aeronáutica, de Águas, de Caça, de Defesa do Consumidor, de Menores, de Mineração, de Processo Civil, de Processo Penal, de Processo Penal Militar, de Propriedade Industrial, de Telecomunicações, de Trânsito Brasileiro, Eleitoral, Florestal, Penal, Penal Militar, Tributário Nacional), o Regimento Interno do TJMG, a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT e as Constituições Federal e do Estado de Minas Gerais.

Jurisprudência Mineira

Jurisprudência Mineira

Ano 54 - v.165 - julho a setembro de 2003



Vendas: Rua Timbiras, 1.802 - CEP: 30.140-061 - Tel.: (31) 3274.1732 - R. 37
cotec@tjmg.gov.br - www.tjmg.gov.br



ESCOLA JUDICIAL
DESEMBARGADOR EDESIO FERNANDES

165

Ano 54

Julho

Setembro

2003



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

ISSN 0447-1768

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.

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Bady Raimundo Curi

Superintendente-Adjunto
Des. Sérgio Antônio de Resende

Diretora Executiva
Rosana de Mont'Alverne Neto

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Maria Helena Duarte

Assessora Jurídica
Maria da Consolação Santos

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

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes
Rua Timbiras, 1802 - Centro - Telefax: (31) 3274-1732
30140-061 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.tjmg.gov.br/ejef - ejef@tjmg.gov.br

Fotos da Capa:
Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza - 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
- Inviemo in cambio - We send you 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 1950-2003
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 GUSTESTU BIBER SAMPAIO (até 27.08.2003)
Desembargador MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS (a partir de 27.08.2003)

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador HUGO BENGTTSSON JÚNIOR

Segundo Vice-Presidente

Desembargador BADI RAIMUNDO CURI

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 30.09.2003)

Francisco de Assis Figueiredo
Gudesteu Biber Sampaio
Edelberto Léllis Santiago
Bady Raimundo Curi
Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins
Hugo Bengtsson Júnior
Orlando Adão de Carvalho
Antônio Hélio Silva
Cláudio Renato dos Santos Costa
Petrônio José Garcia Leão
Kelsen do Prado Carneiro
Isalino Romualdo da Silva Lisbôa
Sérgio Antônio de Resende
Armando Pinheiro Lago
Roney Oliveira
Nilo Schalcher Ventura
Luiz Carlos Biasutti
Aluizio Alberto da Cruz Quintão
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carneira Machado
José Tarcizio de Almeida Melo
José Antonino Baia Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos Immes
Kildare Gonçalves Carvalho
Francisco José Lopes de Albuquerque
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
Pedro Henrique de Oliveira Freitas
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

Composição de Câmaras e Grupos (em 30.09.2003) - Dias de Sessão

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

* Presidente da Câmara

Terceira Câmara Cível Quintas-feiras - 13h30	Quarta Câmara Cível Quintas-feiras - 13h30	Segundo Grupo de Câmaras Cíveis
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	1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Schalcher Ventura) - Horário: 13h30 -

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

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

* 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	Sérgio Antônio de Resende* Luiz Carlos Biasutti Reynaldo Ximenes Carneiro Joaquim Herculano Rodrigues José Antonino Baía Borges	Kelsen do Prado Carneiro* Jane Ribeiro Silva Antônio Carlos Cruvinel Erony da Silva

* Presidente da Câmara

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

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

Desembargadores

Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins (Presidente) Hugo Bengtsson Júnior (Primeiro Vice-Presidente) Bady Raimundo Curi (Segundo Vice-Presidente) Antônio Hélio Silva (Terceiro Vice-Presidente)	Isalino Romualdo da Silva Lisboa (Corregedor-Geral de Justiça) José Francisco Bueno Hyparco de Vasconcellos Immesi Kildare Gonçalves Carvalho Francisco Lopes de Albuquerque Márcia Maria Milanez Carneiro Tibagy Salles Oliveira
--	---

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

Desembargadores

Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins (Presidente) Hugo Bengtsson Júnior (Primeiro Vice-Presidente) Bady Raimundo Curi (Segundo Vice-Presidente) Antônio Hélio Silva (Terceiro Vice-Presidente) Isalino Romualdo da Silva Lisboa (Corregedor-Geral de Justiça) Francisco de Assis Figueiredo Gudesteu Biber Sampaio Edelberto Léllis Santiago Oriando Adão de Carvalho (Presidente do TRE) Cláudio Renato dos Santos Costa (Vice-Presidente do TRE)	Petrônio José Garcia Leão Kelsen do Prado Carneiro Sérgio Antônio de Resende Armando Pinheiro Lago Roney Oliveira Nilo Schalcher Ventura Luiz Carlos Biasutti Aluizio Alberto da Cruz Quintão Reynaldo Ximenes Carneiro Joaquim Herculano Rodrigues Mário Lúcio Carreira Machado José Tarcízio de Almeida Melo José Antonino Baía Borges Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes Célio César Paduani
---	---

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

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Bady Raimundo Curi

Superintendente-Adjunto
Des. Sérgio Antônio de Resende

Comitê Técnico

Des. Bady Raimundo Curi
Des. Sérgio Antônio de Resende
Des. Nilson Reis
Des.ª Jane Ribeiro Silva
Juíza Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Juiz Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Rosana de Mont'Alverne Neto
Maria Teresa Santos de Araújo Ribeiro
Thelma Regina Cardoso

Diretora Executiva
Rosana de Mont'Alverne Neto

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Maria Helena Duarte

Assessora Jurídica
Maria da Consolação Santos

Coordenadora de Comunicação Técnica
Elana 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
Petrônio José Garcia Leão
Caetano Levi Lopes
Kildare Gonçalves de Carvalho
Luiz Audebert Delage Filho
Aluizio Alberto da Cruz Quintão
Célio César Paduani
Antônio Marcos Alvim Soares
Silas Rodrigues Vieira
Zulman da Silva Galdino
Sérgio Antônio de Resende
Jane Ribeiro Silva

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Joaquim Francisco de Faria - Nota biográfica	15
A última pena de morte executada no Brasil - Nota histórica	17

DOCTRINA

Inconstitucionalidade do ISS sobre serviços notariais e registrais - Dr. Fernando Neto Botelho	19
O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade - Dr. Érico Andrade	37
Da prescrição e da decadência - seus prazos no Código Civil/02 - Dr. Segismundo Gontijo	53

NOTAS E COMENTÁRIOS

Discurso do Excelentíssimo Senhor Segundo Vice-Presidente do TJMG em homenagem a Desembargadores e Juizes, por ocasião de suas aposentadorias - Des. Bady Raimundo Curi	69
Discurso de despedida da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Gudesteu Biber Sampaio	73
Discurso de saudação ao Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, na sua posse como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Kelsen do Prado Carneiro	77
Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins	79
Os juizes são diferentes ou fazem a diferença? - Dr. Roberto Apolinário de Castro	83

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 Corte Superior	87
2 Jurisprudência Cível	90
3 Jurisprudência Criminal	347
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	433
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	449
ÍNDICE NUMÉRICO	461
ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO	465

APRESENTAÇÃO

Caros leitores,

Apresento-lhes o novo formato, a nova capa e o novo projeto gráfico desta tradicional coletânea de jurisprudência, fundada em 1950. Esse rejuvenescimento se completa com a disponibilização de nossa "Jurisprudência Mineira" - repositório oficial também do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - em formato eletrônico (CD-ROM), agregando valor e conferindo praticidade à publicação.

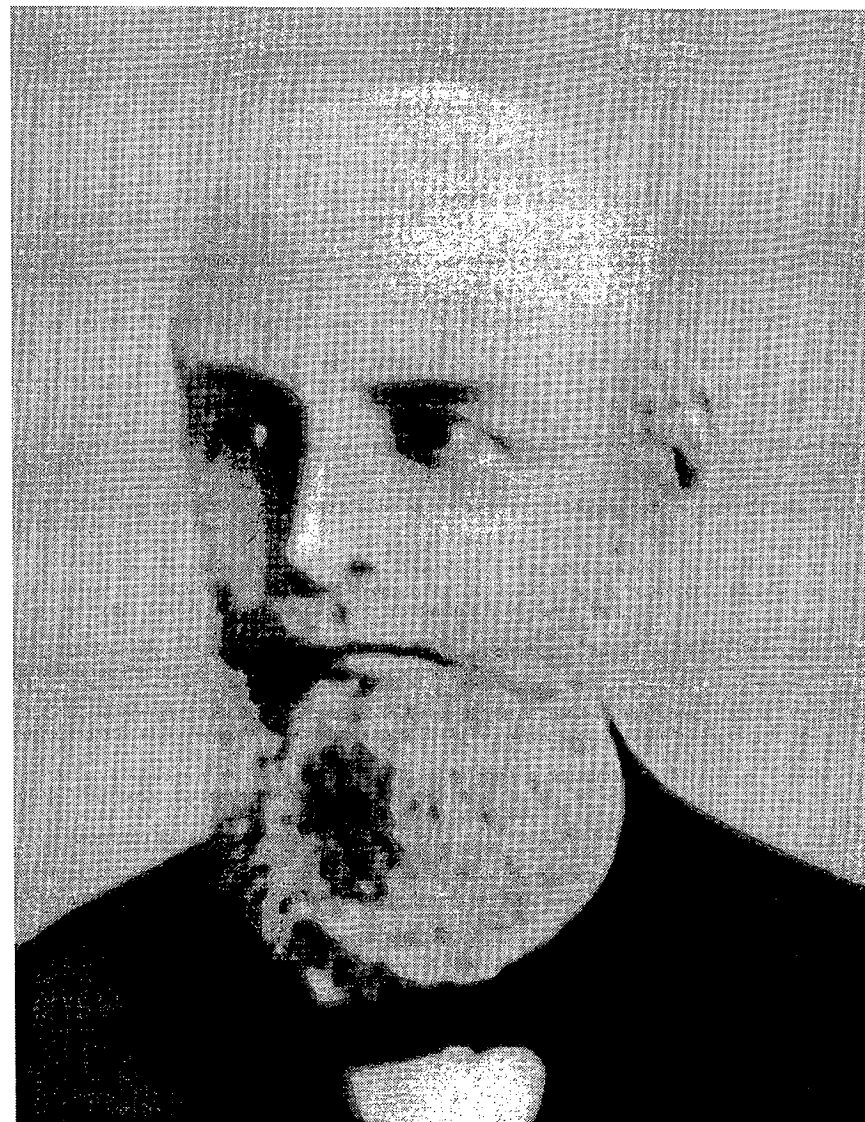
Esta Casa de Justiça, nos últimos anos, passa por um necessário processo de modernização administrativa, que se faz acompanhar do esforço de sua Alta Administração, compartilhado pelos nobres Colegas e pelo eficiente corpo de servidores da Secretaria do TJMG, no sentido de aproximar o Tribunal da sociedade, de suas demandas, de seus anseios e expectativas.

Dentro desse contexto, é oportuna a produção de uma Revista esteticamente mais atraente e adaptada aos novos tempos, a qual, no entanto, não se descuida de seu conteúdo. Este deve continuar promovendo a formação, a atualização e a reflexão da comunidade jurídica; seguir resgatando a história do Judiciário Mineiro; e manter o foco em seu objetivo maior: a divulgação de decisões, criteriosamente escolhidas, que sejam paradigmas dos técnicos, isentos e ponderados julgamentos deste Tribunal.

Na pessoa de Sua Excelência, o Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, Presidente do TJMG, rendo homenagens a meus Pares, construtores da respeitável jurisprudência da Casa. Meu tributo também, na pessoa da Dr.^a Rosana de Mont'Alverne Neto, à equipe da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes que, com o brilhante apoio da Assessoria de Comunicação Institucional, tornou possível e marcante esta nova e promissora etapa da Revista.

Belo Horizonte, dezembro de 2003.

Des. Bady Raimundo Curi
Segundo Vice-Presidente do TJMG e
Superintendente da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes



Desembargador JOAQUIM FRANCISCO DE FARIA

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota biográfica

Desembargador Joaquim Francisco de Faria*

Joaquim Francisco de Faria nasceu em 25 de agosto de 1825, no Rio de Janeiro, filho de Joaquim Francisco de Faria e D. Maria Teixeira de Macedo.

Formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito de São Paulo, recebendo o título de Bacharel em 23 de outubro de 1850.

Em 3 de março de 1855, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Muriaé, na Província de Minas Gerais.

Havendo recebido o título honorífico de cidade pela Lei nº 881, de 6 de junho de 1858, a Vila do Pomba, foi determinado pelo Governo Imperial, por decreto de 27 de agosto do referido ano, que ele passasse a servir nessa comarca, da qual foi removido para Vassouras, na Província do Rio de Janeiro, em 4 de junho de 1861.

Em 20 de agosto de 1864, foi removido para Niterói e, em 28 de julho de 1866, para a 2ª Vara do Crime, na Capital do Império.

Em 21 de julho de 1868, através do Ministro da Justiça, foi designado para exercer, interinamente, o cargo de Chefe de Polícia da referida Capital.

Em decreto de 5 de novembro de 1873, foi nomeado Desembargador da Relação de Ouro Preto, onde permaneceu até ser removido em 18 de fevereiro de 1875, para a Relação de São Paulo, tendo sido nomeado, em 15 de dezembro de 1876, Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional.

Da Relação de São Paulo foi removido para a Relação da Corte, em 24 de abril de 1886, tendo sido nomeado seu Presidente, em 4 de dezembro do mesmo ano.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, em 30 de março de 1887, preenchendo a vaga ocorrida com a aposentadoria de José Pereira da Graça, Barão de Aracati, tomou posse em 2 de abril de 1888.

Com a organização do Supremo Tribunal Federal, foi nomeado Ministro desse Tribunal, em 12 de novembro de 1890, tomando posse em 28 de fevereiro de 1891.

Aposentou-se em 15 de março de 1892.

Foi agraciado, por D. Pedro II, com a Comenda da Ordem de Cristo, em decreto de 30 de agosto de 1866, e com o título de Conselheiro, em decreto de 15 de janeiro de 1887.

Era casado com D. Engrácia Marcondes Ribeiro e faleceu no dia 23 de abril de 1902, na Cidade do Rio de Janeiro, sendo sepultado no Cemitério de São João Batista.

-III-

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

Nota histórica

A última pena de morte executada no Brasil*

Manuel da Motta Coqueiro, campista de nascimento, nascido em 1802, era casado com Úrsula das Virgens Cabral, tinha três filhos: Benedito, Ana e Domingas.

Não era rico, possuía um sítio, de nome Bananal, às margens do rio Macabu, na região de Santa Catarina - hoje Curato de Santa Catarina. No sítio havia 13 animais, pastos, plantações de cana, café, milho, feijão e mandioca, além de alguns escravos.

Lá vivia, como agregado, um certo Francisco Benedito da Silva, sua esposa e seis filhos. Entre seus filhos, havia uma bela jovem, Chiquinha, que, apesar de namorar um certo Herculano, despertou o interesse de Motta Coqueiro, bem mais velho, que, apesar da idade, foi por ela correspondido.

O namoro com um homem mais velho e casado não agradou ao pai de Chiquinha, Francisco Benedito. Também não agradou a Herculano, o namorado traído. Muito menos, agradou à Dona Úrsula, a ciumentíssima esposa de Manuel da Motta Coqueiro, sempre vigilante às peripécias libidinosas do marido.

A toda esta trama amorosa, vamos juntar a complicada questão fundiária local, opondo Motta Coqueiro a seu agregado Benedito, e todos os vizinhos de Motta Coqueiro a este, já que a posse das terras na região não era algo definido legalmente em escritura pública; prevalecia normalmente a lei do mais forte.

O entrevero atingiria seu auge na noite de 12 de setembro de 1852, quando elementos armados de pau e foice invadem a casa do pai de Chiquinha e matam Francisco Benedito, sua esposa e seus filhos, numa chacina sem precedentes no Brasil da época.

Os assassinos, após a matança, reúnem os corpos das vítimas, no centro da sala da casa, e ateiaram fogo neles, para eliminar as provas do crime. O incêndio da casa é interrompido por uma chuva e, portanto, os corpos não são queimados.

Com a descoberta do crime, as suspeitas e a revolta do povo recaem sobre Motta Coqueiro, que passa a ser caçado sem piedade pela população e pelo destacamento policial de Carapebus (a que pertencia Macabu), Macaé e Campos.

Motta Coqueiro permanece foragido até 17 de outubro de 1852, quando é capturado na região do rio Itabapoama, chegando a Macaé no dia 30 de outubro, onde é encarcerado.

O primeiro julgamento ocorre no dia 22 de janeiro de 1852, sem testemunhas ou provas concretas contra Motta Coqueiro. Mesmo assim, prevaleceram a pressão popular, a pressão da imprensa do Rio de Janeiro, Campos e Macaé, os boatos e as suposições, que levaram o Júri a aceitar o pedido de pena capital, a pena de morte por enforcamento, para o réu principal - Motta Coqueiro - e seus supostos auxiliares, três escravos: Faustino Pereira da Silva, Florentino da Silva e Domingos.

Motta Coqueiro e seus cúmplices foram levados ao Rio de Janeiro para um novo julgamento, onde foram novamente condenados à morte, nas mesmas condições anteriores. Restou aos condenados pedir clemência e comutação da pena ao Imperador D. Pedro II, o que foi feito e recusado por Sua Majestade.

No dia 6 de março de 1855, Motta Coqueiro e seus cúmplices foram levados ao Largo do Rossio (hoje Luiz Reid) em Macaé, onde foram enforcados um a um.

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

Culpado ou inocente, Motta Coqueiro não teve julgamento nos moldes formais. O Júri e o Imperador, premidos pela opinião pública e também pela enorme pressão exercida pelos jornais do Rio, Campos e Macaé e com repercussão até em jornais de Paris e Londres, deixaram-se influenciar pela comoção generalizada com *animus laedendi*.

Segundo Godofredo Tinoco, historiador macaense, Herculano, o namorado preterido de Chiquinha, muitos anos depois do ocorrido, confessou, à beira da morte, a autoria do assassinato.

Motta Coqueiro é um dos casos jurídicos mais famosos e que ganhou notória repercussão na imprensa, através de artigos e comentários de autoria de José do Patrocínio, Godofredo Tinoco, Antônio Vasconcelos, Salgado Rodrigues, dentre outros.

Atribui-se a este caso, tão polêmico, a atitude do Imperador D. Pedro II de abolir a pena de morte no País para pessoas nascidas ou tornadas livres. Essa atitude tornou Motta Coqueiro o último homem livre condenado à morte e executado no Brasil.

Nota: Este fato foi tema do programa Linha Direta, da TV Globo, levado ao ar em 28 de agosto de 2003.

Referências biográficas

MARCHI, Carlos. *A fera de Macabu - a história e o romance de um condenado*.

PATROCÍNIO, José do. *Motta Coqueiro ou pena de morte*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1977.

SIQUEIRA, Walter. *Conceição de Macabu Campos*. Ed. Pedralva, 1977.

TINOCO, Gedo Fredo. *Motta Coqueiro, a grande incógnita*. Rio de Janeiro: Livraria São José Ltda., 1966.

RIBEIRO, João Luiz. O último enforcado no Brasil. *Jornal do Brasil*, 13 de fevereiro de 1999.

DOCTRINA

Inconstitucionalidade do ISS sobre serviços notariais e registrais

Dr. Fernando Neto Botelho*

Introdução

Acaba de ser sancionada e de entrar em vigor a Lei Complementar Federal 116, publicada no *DOU* do dia 1º/agosto/2003.

A introdução da LC 116 no cenário jurídico brasileiro, norma especial que é - com porte e natureza de lei complementar-tributária -, institui nova disciplina, nacional-unificada, para o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISS, tendo sido por ela revogado, no que diz respeito à sua anterior normatização, o tratamento do imposto até agora constante das disposições do Dec.-lei 406/68.

Mais do que reescrever disciplinadores técnicos da exação municipal quanto ao ISS, a nova LC 116 adiciona, à antiga "lista" de serviços tributáveis, uma inovadora centena de atividades humano-sociais que, agora sujeitas ao alcance da nova incidência, irão submeter-se a inédita tributação por iniciativa municipal.

A ampliada projeção decidida pelo legislador complementar federal, que permite o alargamento da exação com considerável acréscimo da base tributável pelos municípios, requer comedimento de análise, a permitir aferição sobre se a inserção de tantas atividades no âmbito do alcance do ISS estará respeitando, e não agredindo, limites constitucionais superiores, impostos ao poder genérico de tributar, e particularmente definidos para o cumprimento da exação municipal.

Somente colação segura do alcance da nova norma infraconstitucional, frente aos lindes sistematizados na Carta da República para o exercício de competência tributária válida, poderá permitir tenha êxito, relativamente ao rol das novas atividades consideradas formal e materialmente tributáveis pelo novo ISS, o intuito arrecadatório reinante na edição da LC 116.

No caso dos serviços que constituem tema específico desta abordagem (os "serviços notariais e de registro" - tratados no *caput* do art. 236/CF), não andou bem, visivelmente, a novel inspiração.

Em seu remissivo art. 1º, essencializado pelo item 21 do anexo que contém sua "Lista de Serviços", a LC 116 define, como fato gerador do novo Imposto Sobre Serviços-ISS, os "serviços de registros públicos, cartorários e notariais".

O tratamento normativo novo chega nisso a destoar do rigor denominativo adotado pela própria Constituição da República, o que ocorre com a inserção, como *specie* alternativa, ou adicional, da atividade tributável pelo município, de nomeados serviços "cartorários", expressão completamente oca e vazia de qualquer sentido jurídico essencializador na atualidade, porque banida a referência, há muito, do próprio texto da Carta Maior, onde depositada origem nominal e conceitual dos serviços extrajudiciais, que não se utilizam, já na versão primitiva editada pelo Constituinte Originário (1988), do infeliz acréscimo referencial usado na LC 116.

Mas, a verdade é que, boa ou má, a restante redação do mesmo item 21 - excetuada a acidentada expressão "cartorários" - não pode ser desconsiderada ou neutralizada pelo citado erro legislativo tópico, uma vez que basta aquela outra sua derradeira extensão, para potencializar a instituição, pelo Município, do ISS sobre a porção do fato correta e coerentemente ali delineado: o implemento dos "serviços de registros públicos e notariais".

(*) Juiz de Direito Titular da 4ª Vara de Feitos Tributários de Belo Horizonte. Ex-Professor de Direito Notarial e Registros do Ibej-Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - BH/MG

Rápida e superficial conferência do *caput* do art. 236/CF frente ao novel art. 1º e seu referenciado inciso 21- da "Lista Anexa de Serviços"/LC 116 - bastará para fornecer esta conclusão, qual seja a de que os "serviços notariais e de registro", assim definidos pela CF, irão, respeitado o princípio constitucional da anterioridade tributária (art. 150, III, a e b, da CF), se submeter mesmo ao intuito de tributação municipal.

O município, ou o conjunto dos municípios brasileiros, terão, a partir da eficácia que se deverá aguardar para a vigente LC 116 - 01.01.2004 -, habilitação formalmente disponibilizada para o exercício exacional, na medida em que legalmente autorizada à instituição a respectiva cobrança do ISS sobre as atividades que constituem, materialmente, os "serviços de registro público... e notariais".

Tomados, assim e agora, ineditamente, fatos geradores do ISS - obra, repita-se, da inserção feita no item 21 da nova "Lista" instituída pela LC 116 -, os "serviços de registros públicos e notariais" tornar-se-ão tributáveis, pelo novo imposto, à alíquota fixa de 5% (cinco por cento), programada para incidir sobre o total do preço de cada serviço (registral ou notarial) prestado, sendo, respectivamente, a alíquota e a base de cálculo definidos nos arts. 7º e 8º, II, da LC 116.

Contribuinte do inovador ISS/serviços notariais-registrais será, pela mesma expressão da LC 116, o seu próprio prestador, isto é, o titular da atividade notarial/registral sob cuja responsabilidade legal os serviços sejam prestados (art. 5º da LC 116).

Dúvida não há, portanto, de que:

1 - Os serviços notariais e de registro estarão submetidos, como fatos geradores típicos, à tributação municipal possível, sujeitando-se, a partir de 01.01.2004, ao alcance potencial do ISS;

2 - Todos os atos que essencializem o novo fato gerador editado - os "serviços de registros públicos e notariais" - se submeterão, sem distinção, à nova incidência tributária, à alíquota única, de cinco por cento, que deverá incidir sobre o "preço" total respectivo.

Sendo assim e diante do tratamento normativo direto-constitucional, bem como daquele complementar-constitucional dispensado precedentemente à edição da LC 116 aos mesmos "serviços notariais e de registro", consideramos importante dissecar esse novo fato gerador criado, pois será à luz de seus componentes tributáveis que se poderá obter certeza da possibilidade jurídica da nova exação.

Para isso, imprescindível o exame, livre do erro de análise, dos limites das competências tributárias, das especialidades normativas, da compatibilização de normas pré, pós e infraconstitucionais, e da correta identificação da tipologia tributável pelo ISS, o que não se pode fazer sem que se esteja frente à natureza e tributabilidade dos próprios "serviços notariais e registrais", como tais definidos no art. 236 da CF.

A natureza jurídica dos serviços notariais e de registro

Falar em tributação de "serviços notariais e registrais" constitui, necessariamente, etapa posterior da compreensão adequada da natureza e origem normativa dessas atividades.

Não será possível tratar o fato, principalmente quando visada a finalidade tributária, sem que se conheça, se identifique e se delimite seus contornos materiais.

Principalmente no campo de ação da norma tributária, restrito e contingenciado se apresenta o espaço para tratamento de institutos, conceitos e formas, quando gerados no seio do direito privado, eis que, no delinear e eleição, neste específico setor, de fatos suscetíveis de tributação, não poderá a lei tributária ir além dos próprios limites que recebam definidores de competência e perfil da própria Constituição Federal e das Constituições dos Estados.

O comando constitui baliza fiscal antiga, definida, há muito, pelo art. 110 do Código Tributário Nacional.

Tratando-se, então, de tributação de serviços públicos, mais precisamente de serviços sujeitos à competência legal-constitucional de entes internos da Federação, a norma tributária deve observar, adicionalmente ao próprio rigor do art. 110/CTN, diretrizes constitucionais impostas ao poder de tributar, sobretudo aquelas constantes dos arts. 150 e seguintes da CF.

Dever-se-á, por último, conjugar todo esse arsenal limitativo - do art. 110/CTN e do art. 150/CF - com os lindes definidores de competências tributárias e também gerais de cada ente, respeitando-se, como *ratio* preponderante do princípio-mor da Federação, parâmetros que assegurem a continuidade do pacto federativo, através da garantia à autonomia de Estados e municípios (art. 1º da CF).

Esse acervo de deveres e de respeito assegurará, à norma tributária, inserção válida no ordenamento, com preservação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Desvio, nesta sujeição, selará sua inaplicabilidade, por inconstitucionalidade material.

Especialmente quando lançada à tributação de serviços, exige-se que a norma tributária seja adequada à natureza e porte das atividades por ela consideradas tributáveis - principalmente quando, como tais, advenham, em massa, de atos implementados à luz do direito privado (compra-e-venda, mandatos, constituição de sociedades, relações obrigacionais-contratuais, etc.).

Se privadas, isto é, não inseridas no âmbito dos serviços de competência estadual, sujeitam-se tais atividades, sem dúvida, à tributação residual do município, respeitados os limites da competência tributária assegurada no art. 156, III, da CF.

Nesse sentido, pode-se dizer que, não se tratando de atividades que constituam serviços privados de comunicação ou de transporte interestadual e intermunicipal - sujeitos estes a expressa competência tributária estadual (art. 155, II, da CF) -, o restante rol de atividades/serviços possíveis na fenomenologia social acha-se, em tese, sujeito à tributação factível municipal, podendo o município quanto a eles, e nos termos da lei, lançar-se à instituição do imposto de que cuida o art. 156/CF.

Diz-se, em tese, porque vedação expressa - impedimento absoluto, ou, proibição constitucional intransponível - se faz presente já no próprio texto da CF, como limitador da exação residual.

Refere-se a limitação à possibilidade de os serviços não serem consideráveis privados por essência - ou essencialmente sujeitos à instituição e competência pura de particulares -, mas públicos, ou instituíveis, gerenciáveis, ou delegáveis, por entes internos da própria Federação, na forma expressa da lei que os crie.

Neste específico caso ou nesta específica hipótese, isto é, em que os serviços integrem e expressem a própria competência do ente público, caracterizando e essencializando a natureza pública de sua instituição, veda, de forma absoluta, a Constituição Federal possibilidade, como regra, de tributação recíproca, afastando a competência residual (do município) para instituição de impostos.

A disposição vedatória está textualizada no art. 150 da CF, que não parece deixar dúvida quanto a seu alcance concreto:

Art. 150 - ... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) ... serviços, uns dos outros.

Complementarmente, reconheça-se, a mesma CF, nos §§ 2º e 3º do citado art. 150, delimita a imunidade recíproca dos entes públicos:

Art. 150 - (...)

§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços

ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Mas, pela importância relacionada com a completa solução do tema aqui tratado, estamos optando, positivamente, por deixar a apreciação deste último parágrafo (o § 3º do art. 150/CF) para a parte final deste tópico, limitando-nos, por ora, ao tratamento da regra – vedatória da tributação recíproca – da Constituição.

Pois bem. A Constituição Federal institui, nesta regra intangível, a imunidade recíproca dos entes públicos internos - União, Estados e municípios - ditando, para tanto, a impossibilidade de instituição, por uns em relação aos outros, de impostos sobre os respectivos serviços.

Noutras palavras, quando se tratar de serviços públicos – essenciais ou mesmo utilitários – como tais definidos em lei, sujeitos a competência normativa, gerencial, delegacional de quaisquer dos entes da Federação, afastar-se-á, por obra do princípio simétrico, que torna interdependentes os dispositivos constitucionais-tributários, dos arts. 150, VI, a, e 156, III, da CF, toda e qualquer possibilidade de instituição de impostos.

Nesse sentido, serviços públicos dos Estados não são tributáveis, por impostos, pelos municípios, assim como serviços públicos municipais não se submetem a exações por impostos estaduais.

É uma regra, um princípio, uma limitação, ao poder de tributar, que emana diretamente do Texto Maior.

Desconsiderar o comando vedatório expresso equivale a mais do que negar vigência a disposição expressa da Constituição da República; equivale a violar um de seus mais significativos pilares, que se localiza na instituição da própria Federação, que somente sobreviverá se e quando se fizer assegurar a intangibilidade tributária, por impostos, dos serviços de uns entes pelos outros.

A se admitir sejam os serviços públicos tributáveis pela via da exação ordinária e recíproca de impostos - essenciais ou utilitários os serviços, que, em suma, constituem a viva atuação pela qual se expressam os entes internos em favor do interesse comunitário -, estar-se-á negando o princípio federativo e pondo abaixo a autonomia organizacional e de custeio dos entes internos, pois a tributação alheia claramente interferirá com aspectos fundamentais de subsistência dos serviços, como viabilidade de custos, operacionalidade, modicidade de tarifas, etc.

Citando, como *leading case* desta imunidade recíproca de tributos a proteger o sistema federativo, o célebre caso julgado pela Suprema Corte norte-americana – *McCulloch vs. Maryland* – em ocasião em que presidida pelo *Chief Justice* John Marshall (1819), ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA aborda, com exatidão, o tema em seu consagrado *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 11. ed., Malheiros, p. 426:

Sob a coordenação deste conceituado *Chief-Justice*, a Suprema Corte norte-americana, numa decisão que marcou época, transformando-se num autêntico *leading case*, deixou assentadas as seguintes idéias, que valem até hoje, inclusive para o Brasil, que, nesta matéria, adota o modelo estadunidense:

I - a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir;

II - não se deseja - e a própria Constituição não admite - nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e

III - destarte, nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.

De qualquer modo, quando Rui Barbosa foi chamado a redigir o anteprojeto daquela que veio a ser nossa primeira Constituição republicana (a de 1891), embora tenha confessadamente se inspirado na Carta dos EUA, preferiu, neste ponto, inovar.

Conhecedor das celeumas que a omissão causa, num primeiro momento, no país do Norte, e temendo que nossa Corte Suprema pudesse dar solução diversa para o mesmo problema, acaso surgisse no Brasil, deliberou inserir em seu anteprojeto proibição expressa à tributação, por meio de imposto, entre as pessoas políticas.

O anteprojeto de Rui foi, neste particular, aprovado, passando nossa Constituição Federal de 1891 a registrar, em seu art. 10, § 1º, ser vedado à União e aos Estados 'criar imposto de trânsito pelo território de um Estado ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República, ou estrangeiros, e bem assim sobre os veículos de terra e água, que os transportarem'.

Este preceptivo didático acabou, com as devidas alterações, sendo mantido nas Constituições seguintes. De fato, disposições análogas são encontráveis em todas as outras Constituições brasileiras, inclusive na atual.

Tenha-se, então, em conta definitiva – porque de origem direto-constitucional – que, sendo públicos os serviços, não se tributam, por impostos, fora do âmbito do próprio ente de origem.

Pois bem. Se assim o é, resta aferir a natureza dos "serviços notariais e de registro" que, a um só tempo, acham-se sujeitos a tratamento constitucional - derivado do (já antigo) dispositivo do art. 236 da Constituição Federal -, mas, ineditamente, submetidos, agora, à tributação possível por imposto municipal (pela recém-editada LC 116).

Não há dúvida, antes de mais nada, de que, para sê-lo, isto é, para que se possam submeter validamente à dita exação municipal nova, através da instituição municipal de imposto de serviços, terão de ser considerados integrantes de uma das únicas categorias passíveis de sujeição a esta modalidade exacional:

a) serão considerados serviços essencialmente privados, ou, sujeitos a instituição e prestação livre, por particulares;

ou

b) serão considerados serviços públicos municipais, instituíveis, gerenciáveis e delegáveis pelo próprio município, portanto, não sujeitos à vedação constitucional da tributação recíproca (art. 150, VI, a, da CF).

Fora destes matices, a tributação dos serviços "notariais e de registro" encontrará intransponível resistência constitucional – derivada da atuação conjunta dos princípios, que proclamam a legalidade estrita em matéria tributária, a segurança jurídica, e, especialmente, a imunidade recíproca a impostos, assegurada aos serviços públicos na forma da regra prevista no art. 150, VI, a, da CF.

Resta-nos atender à indagação sobre se assumem natureza privada, público-municipal tributável, ou público-estadual intributável por impostos os serviços "notariais e de registro".

Para melhor estruturação lógica e facilitada da atual estruturação dos serviços notariais/registrais, convém rápida digressão, para coleta de alguns importantes informes históricos.

Embora estudos sobre a origem histórica da atividade notarial/registral discrepem sobre o momento exato de seu surgimento, há quem a situe, com maior clareza sobre o nascimento de um ofício organicamente criado ou institucionalmente admitido, na Roma antiga, como mecanismo inerente aos chamados *servi publici romani*. Posteriormente, com o surgimento da escrita, ensejou-se o aparecimento dos amanuenses, funcionários públicos dos Estados antigos - romano, grego -, aos quais se atribuía missão de redigir documentos públicos. Esses amanuenses evoluíram até o surgimento dos escribas, copistas estatais de leis e atos jurídicos, a exemplo do que hoje se tem com os estenógrafos e taquígrafos. A Roma antiga abrigou escribas/copistas, que se especializaram e evoluíram, dando surgimento ao *notarius* - como o taquígrafo, que era o amanuense que escrevia por meio de notas e signos; o *tabularius* - contador público, que custodiava contas e impostos públicos; e o *tabellio* - este oficial público desvinculado do Estado e versado em Direito, que atuava na área negocial, assessorando partes e redigindo atos negociais, inclusive de última vontade (testamentos). A esse último, ao *tabellio* romano, se atribui, com maior probabilidade, a origem direta do moderno notariado.

O "protocolo" – como designação do antigo rol de regimentos a que se submetia o *tabellio* romano - deu origem ao rigor de registro e anotação em livros dos atos intermediados pelo tabelião, livros que, por se tornarem públicos, são apenas custodiados em nome e por conta do Estado que se faz representar.

Já na Idade Média, o tabelionato toma corpo, como ofício jurídico, inclusive e especialmente na Espanha. Países anglo-saxões não o adotaram desenvolvidamente, como conhecido em sua forma latina - um ofício

intermediador típico e regulamentado - porque o sistema jurídico-costumeiro afasta a regulamentação prévia da atividade notarial, mas Portugal, de onde herdada, no Brasil, a cultura notarial, conservou rudimentarismos nesta atividade, sendo que o Brasil a recebeu como especialidade estatal não independente e sujeita à entrega a particulares, por medida do Estado.

No Brasil-Colônia, o provimento do cargo resultava de doação, pelo Estado, como direito vitalício de quem o recebia, passando-se a notar mais tarde casos de compra e venda do cargo.

Contemporaneamente, a Emenda Constitucional número 07, ainda sob a égide do Texto Constitucional anterior, estatizou serventias extrajudiciais no Brasil, submetendo-as, em certos aspectos, ao rigor do provimento público.

Tal situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional 22/82, que estatuiu finalmente o princípio constitucional - embora ainda relativo - do provimento por concurso público dos serviços notariais e de registro.

Há, em suma, em toda a seqüencial histórica, tanto do notariado quanto da atividade registral, uma contínua e progressiva dinâmica que transcende os limites do território pátrio e que tem origem remota na Idade Média, mas que explica a transposição do notariado, e também das atividades registrais, como fenômenos gerados no âmbito central do próprio Estado e da atividade estatal, mas de onde deslocados para uma certa intermediação privada, todavia sempre realizada em nome e por conta do próprio Estado, que não tem, a esta titularidade, tradicionalmente renunciado.

No Brasil, a questão - da estatização e posterior delegação, ao particular, da mera execução dos serviços notariais/registrais, sem perda da titularidade essencial-pública pelo Estado - não é nova ou inédita.

A chamada delegação *lato sensu*, em que se entrega ao particular a pura execução - privada - do serviço público, não edita mais do que o uso, pelo Estado, de particulares na consecução do serviço público, sendo que a agentes/delegados o Estado não outorga propriamente a titularidade do serviço.

A transmissão plena do serviço público a ente público ou privado constituirá sempre outorga, que não se confunde com a mera delegação da execução (ou exercício material) do serviço.

A delegação, ou o vínculo puramente delegacional, confere ao particular não mais do que exclusivo poder administrativo de material execução (em nome do Estado) de determinada atividade, que, não tendo sido entregue ou alienada, em sua essência e em sua titularidade básica ou primária, poderá ver-se retornada à origem (estatal-primitiva) a qualquer tempo.

A delegação executiva, ou material-prestacional, decorrerá sempre, por isso, de lei expressa que a autorize, já que por ela o Estado, diante de circunstância que não lhe permita ou não lhe convenha o exercício direto da atividade pública (por órgãos independentes ou dependentes-centralizados), cumprirá sua finalidade, de atendimento do interesse comunitário, mediante uso do concurso da atividade particular, de modo descentralizado.

O Estado não transmite, em suma, pela via da pura delegação executiva, quaisquer bens. Os bens do Estado ou integram a propriedade pública, o acervo estatal ou o privado. O que o Estado transmite pela via da delegação, repita-se, é a exclusiva prerrogativa jurídica, que permite a execução material de certas atividades estatais, ou serviços (no caso do notariado e da atividade registral, a entrega, condicional, ao prestador/executivo/delegatário, do direito não permanente à utilização de livros e documentos, públicos por natureza, da escritura, instrumentos, aliás, que serão meramente custodiados pelo prestador e deverão ser retornados ao acervo estatal se e quando retomada a atividade pelo ente delegante).

Mesmo antes da edição do atual Texto Constitucional - de 1988 -, a própria Constituição de 1967, emendada em 1982, continha igual disciplina, que bem caracterizava a natureza público-estatal (e delegacional) dos serviços notariais e registrais no Brasil.

Confira-se, para fidelidade histórica, o anterior texto dos arts. 207 e 208 da Constituição/67:

Art. 208 - As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios, observado o

critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos (redação dada pela EC 22, de 29.06.82).

Art. 209 - Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983 (introduzido pela EC 22, de 29.06.82).

Dentro dessa lógica, chega-se então à disciplina compreensivelmente adotada pela CF/88.

A CF/88 não fugiu à antiga tradição brasileira - da competência estatal dos serviços notariais e registrais.

Ela preservou, com o Estado, a titularidade essencial dos serviços, instituindo, tão-só, caráter prestacional-delegacional dos mesmos.

A Carta de 1988 decidiu, através de tratamento especial - inclusive pela via da escolha de especial disposição contida em seu art. 236, alocado no fechamento de seus últimos disciplinamentos ("Das Disposições Constitucionais Gerais") - por regular, de modo específico e claro, os princípios de norteamiento, no País, dos serviços notariais e registrais.

O art. 236/CF:

Art. 236 - os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

Foi, assim, finalmente, sedimentado o conceito formal/constitucional, que atualmente vigora, de que a atividade notarial equivale não a atividade puramente privada, mas a especial serviço público-estatal constitucionalmente definido, sujeito a instituição estadual, na exata medida em que o Estado irá delegá-lo - ou se faz o detentor, por obra direta da Constituição, do poder delegante que a Carta institui já no *caput* do art. 236.

A CF/88 preservou e manteve, assim, a exata história do direito pátrio brasileiro, que foi sempre a de considerar o serviço notarial/registral sujeito à titularidade irrenunciável do Estado, que, ou se dispôs à entrega, no passado, por medida, do seu puro e material exercício a particulares, ou, agora, o submete ao rigor da investidura delegacional exclusivamente por concurso.

A disposição constitucional atual - aliada ao caráter público-estatal - do serviço instituído se completa pela textualidade do § 1º do mesmo art. 236/CF, assim expresso:

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Por último, o § 3º ainda do art. 236/CF:

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

No plano infraconstitucional, o comando do art. 236/CF foi então cumprido pelo legislador ordinário federal, que fez expedir norma de princípios do notariado e do registro: a Lei 8.935/94, que passou ao completo detalhamento dos serviços notariais/registrais, dando-os como atividade pública delegacional.

O art. 1º da Lei 8.935/94:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O art. 3º da Lei 8.935/94:

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Especificamente em Minas Gerais e após armada toda a citada estrutura constitucional superior, a Constituição do Estado deliberou adotar mesma estrutura de delegação executiva – ou puramente prestacional – dos serviços notariais/registrais.

Os arts. 277 e 278 da Constituição do Estado de Minas Gerais assim se estruturam:

Art. 277 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º A lei regulará as atividades dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, observada a legislação federal.

(...)

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais.

§ 4º Nenhuma serventia permanecerá vaga por mais de seis meses sem abertura de concurso para provimento ou remoção.

Art. 278 - Lei Ordinária fixará os critérios populacionais, socioeconômicos e estatísticos, para criação, fusão e desmembramento dos serviços notariais e de registro.

E completa a estrutura estadual o art. 66 do ADCT/Constituição Mineira:

Art. 66 (ADCT) - os serviços notariais e de registro ficam sujeitos aos princípios estabelecidos neste artigo, enquanto não forem disciplinados em lei os dispositivos constantes do art. 236 da Constituição da República.

§ 1º Ficam mantidas as atuais serventias notariais e de registro existentes no Estado.

§ 2º Tornar-se-á efetiva, em caso de vacância, a delegação dos serviços notariais e de registro em favor do substituto do titular, desde que esse possua a estabilidade assegurada pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

Art. 67 - o disposto no art. 277 da Constituição do Estado não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo poder público, respeitado o direito de seus servidores.

Como se vê do conjunto de todas estas claras disposições constitucionais, estaduais e superiores-federais, se, por um lado, o art. 236/CF considera público-estatal o serviço notarial/registral, se, a seguir, a Lei 8.935/94 normatizou, para todo o País, o exercício das atividades essenciais do serviço público que a Carta Maior editara, por outro, a Lei Maior do próprio Estado de Minas Gerais cumpriu, literalmente, os disciplinamentos superiores, prevendo e convalidando, no âmbito do Estado, o tratamento dos serviços notariais e de registro como serviços suscetíveis de mera delegação, por iniciativa exclusiva da chefia do Executivo estadual.

Para que não pareça dúvida sobre este caráter - o de serviço público estadual delegável -, veio, ainda, em MG, a ser editada a Lei 12.919/98, que se incumbiu de disciplinar, no âmbito do Estado, o concurso, de provas e títulos, destinado à investidura delegacional na atividade notarial e de registro.

Confira-se a definição legal/estadual (mineira) da atividade notarial/registral - segundo o art. 1º da Lei 12.919/98:

Art. 1º Notário ou Tabelião e Oficial de Registro ou registrador são profissionais do Direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial ou de registro pelo Governador do Estado.

Por esta última, se vê que a Lei Mineira adiciona que a delegação (de que cuida o *caput* do art. 236/CF) provirá, no Estado de Minas Gerais, de ato do chefe do Executivo estadual, ao que ainda completa:

Art. 2º As delegações para o exercício das atividades notariais e de registro, previstas na Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, são criadas por lei de iniciativa do Tribunal de Justiça, observado o disposto no inciso VII do art. 98 da Constituição do Estado.

Com base, aliás, nesta última disposição, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – na gerência da fiscalização do processo de delegação estadual (eis que a investidura delegacional constitui ato administrativo complexo) – fez editar a Resolução 350/99, com a qual expedido edital de concurso público para o primeiro provimento, em Minas Gerais, dos serviços notariais e registrais, certame, informe-se, completamente concluído, com os novos delegatários inclusive já sendo nomeados e empossados, pelo mesmo Estado de Minas Gerais, nos respectivos cargos.

Exatamente sobre tal caráter público dos serviços notariais e registrais, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Agravo de Instrumento 63.723-MG, adicionou, pelo voto proferido pelo Ministro Garcia Vieira, a convicção de que:

o serventuário não é dono da serventia, mas ocupante de cargo público; seus livros, suas anotações, seus registros são de propriedade do Estado, posto que são lavrados e expedidos por quem tem fé pública, já que desempenham função estatal.

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 277.485-9/00 - Comarca de Jaboticatubas - Requerente(s): Odilon Rajão - Aut. Coatora: JD Comarca Jaboticatubas - Diretor do Fórum - Relator: Exmo. Sr. Des. Wander Marotta, assim se manifestou:

Nos termos do art. 236 e parágrafos da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro, embora exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, têm nítida natureza pública, sujeitos à disciplina legal, à fiscalização pelo Poder Judiciário, à percepção de emolumentos definidos em lei e ao ingresso na atividade mediante concurso público, como determina o art. 37, II, da Carta Magna.

O próprio STF decidiu, em Rp 891/GB – Guanabara, Representação - Relator(a): Min. Djaci Falcão - Publicação: DJ 23.11.73, EMENT VOL-00931-01 PG-00007 - RTJ VOL-00068-03 PG-00283:

Os Ofícios de Justiça e de Notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como servidores públicos.

Tudo isso, em suma, se direciona ao suporte da inafastável convicção de que não apenas em Minas Gerais, mas em todo o território nacional os serviços notariais e registrais constituem, indistintamente, serviços públicos - precisamente ligados à utilidade pública - que integram a competência exclusiva e não outorgável dos Estados, de consequência caracterizando-se como serviços públicos essencialmente estaduais, sujeitos, apenas, à modalidade de prestação executivo-material delegacional, delegação e prestação que deverão ser ultimadas nos exatos termos do art. 236/CF.

Sendo, assim, serviços públicos sob titularidade do Estado-membro, não podem, em absoluto, se sujeitar a tributação municipal por impostos, ex vi do citado impedimento maior, do art. 150, VI, a.

Esta, a regra constitucional.

Incorre, por isso, a disposição do art. 1º c/c item 21 da "Lista de Serviços" em colidência clara com o dispositivo constitucional, conseqüentemente em inconstitucionalidade material derivada da colisão, que a torna inaplicável para instituição de ISS sobre prestação de serviços notariais/registrais.

Lembre-se que o prestador-delegatário dos serviços notariais, não sendo o tomador ou consumidor dos serviços, pois que é o próprio prestador-delegatário, e não os prestando em nome próprio, mas em nome e por conta do Estado que lhe delega condicionalmente a atividade, figurará, quanto ao alcance do ISS instituído pela LC 116, como contribuinte de direito e de fato.

Mas, jamais o será em nome pessoal, posto que o fato elencado na LC 116 não integra o seu domínio privado, mas o domínio público do ente estatal que lhe delega o serviço e o coloca em marcha para exclusivo e único atendimento do interesse público-comunitário.

Este aspecto resulta em considerar que o tributo onerará, diretamente, a própria atividade do Estado-membro, sem qualquer possibilidade de transferência correspondente para o consumo - isto é, para o verdadeiro tomador/usuário dos serviços -, uma vez que, tratando-se de serviços públicos remuneráveis por emolumentos fixados e delimitados, textualmente, em lei (aspecto a ser detalhado no item seguinte), tornar-se-á o novo tributo encargo insuscetível de qualquer transferência voluntária, devendo repercutir, como custo operacional dos serviços, em elevação futura dos valores públicos.

Significa isso dizer que a repercussão econômica da nova tributação recairá e onerará, portanto, o custo em si dos serviços públicos estaduais, que haverão, em igual proporção de sua redução, de ser futuramente alterados, ou quantitativamente majorados, pela via da reestruturação dos valores da "Tabela de Emolumentos", com clara repercussão negativa para o princípio da modicidade que gerencia a *specie* remuneratória pública de que são revestidos no âmbito dos Estados, entes estes que, por obra da ação tributante dos municípios, farão maximizar seus exclusivos serviços.

De se lembrar, ainda, sobre o tratamento da imunidade recíproca dos entes públicos, que o Supremo Tribunal Federal - consoante expõem MARCIANO SEABRA DE GODÓI e outros (*in Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF* - Dialética, p. 205) - já cuidou de acentuar, quando do julgamento do "... RE nº 203.839 (DJ de 02.05.97, Relator o Ministro Carlos Velloso) e no Agravo Regimental no RE nº 206.676 (DJ de 02.02.2001, Relator o Ministro Nelson Jobim) que

... os Municípios de São Paulo e Belo Horizonte, respectivamente, buscavam cobrar impostos (IPTU e ITBI, respectivamente) de autarquias estaduais, alegando desvio das atividades essenciais das referidas entidades. No primeiro dos julgados, considerou-se que o fato do Departamento de Estradas de Rodagem ocupar imóvel de sua propriedade implica que o mesmo está coberto pela imunidade tributária. No segundo dos julgados, considerou-se que a compra de lotes pelo Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais é imune ao ITBI, pois tal operação tem como objetivo a valorização do patrimônio da entidade e portanto a captação de recursos para o cumprimento de suas finalidades essenciais (conceder pensão, aposentadoria e pecúlio para seus associados).

Cabe ressaltar - e, agora, finalmente quanto à questão excepcionante do possível afastamento da imunidade recíproca para serviços registrares/notariais, como obra da disposição contida no § 3º do art. 150/CF - que, consoante iterativa jurisprudência também do STF (a ser igualmente abordada no item a seguir), os emolumentos, *specie* remuneratória instituída para custeio desses serviços por particulares, não podem, não são e não têm sido tratados ou confundidos com tarifas ou preços públicos, menos ainda foi a atividade notarial/registrar inserida no conceito da contraprestação obrigacional.

Os emolumentos são e vêm sendo, de há muito, considerados, a *contrario sensu* do § 3º do art. 150/CF, *specie* tributária determinada e típica - taxa (de serviços) - ou tributo remuneratório de serviço público estadual específico e divisível, o que retira a prestação correspondente, notarial ou registral, de qualquer possibilidade de subsunção à exclusão propugnada no citado dispositivo constitucional, que se refere a tarifas e preços públicos, e não a taxas.

Emolumentos são taxas, tributos, que cumprem o princípio da destinação - remuneram serviços públicos estaduais específicos e indivisíveis, postos à disposição, pelo Estado, o que os afasta do alcance do § 3º do art. 150/CF.

SACHA CALMON NAVARRO COELHO - no particular citado por Leandro Paulsen (*in Direito Tributário*, Ed. Liv. do Advogado, p. 200 e 202) - acentua:

... não se trata de imunizar apenas a incidência do imposto de renda, dos impostos sobre o patrimônio e dos impostos sobre serviços, como durante muito tempo pensou o STF e também nós. Trata-se de vedar a incidência de quaisquer impostos sobre a renda, o patrimônio e os serviços das pessoas físicas, como sempre quis Baleeiro. (...). O que importa é preservar o 'patrimônio' e a 'renda' das pessoas físicas e de suas autarquias do ataque de quaisquer impostos. Este,

sem dúvida, é o melhor caminho, o mais consentâneo com a axiologia do princípio imunitário *in examen* (SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 3. ed., Ed. Forense, 1999, p. 259 e 264).

É de se perguntar se uma simples opção de técnica pode ou deve superpor-se a um princípio tão vetusto como o é da imunidade intergovernamental recíproca, fundado em plano axiológico e de larga tradição jurídica. (SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 3. ed., Ed. Forense, 1999, p. 262).

No sentido da imunidade recíproca a delegatários, também o festejado Professor CARRAZZA, em seu *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 11. ed., Malheiros, p. 428:

Abriendo um parêntese, estamos convencidos, com Geraldo Ataliba, de que as empresas estatais delegatárias de serviços públicos são imunes a impostos. A exceção do § 3º diz respeito apenas às concessionárias de serviços públicos.

Aprofundando um pouco o assunto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos (isto é, quando não exploram atividade econômica) não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a *longa manus* das pessoas físicas que, por meio de lei, as criam. A circunstância de serem revestidas da natureza de empresa pública ou de sociedade de economia mista não lhes retira a condição de pessoas administrativas, que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.

Valem, a respeito, as lúcidas observações de Geraldo Ataliba: 'Há delegação (o que só cabe por decisão legislativa) quando a pessoa política (União, Estado ou Município) cria uma entidade sob forma de empresa (pública ou mista) e a incumbem de prestar um serviço público. Assim, a empresa estatal é delegada e (na forma da lei) exerce serviço público próprio da entidade política cuja lei a criou'.

Por último, convém citar, em reforço da tese da inaceitabilidade da incidência do tributo municipal sobre os serviços estaduais notariais/registrares, que, em caso paradigmático, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve oportunidade de refutar idêntica tentativa de incidência tributária - do ISS sobre serviços notariais/registrares (Apelação 211.076-5/00 - Betim - j. em 13.09.2001, Rel. Desembargador Kildare Carvalho). Neste importante aresto, o eminente Desembargador Relator, Kildare Carvalho, acentuou textualmente:

Ementa: Direito tributário - Mandado de segurança - Serviços notariais - Tributação municipal do ISS - Não-incidência. - As atividades exercidas pelos oficiais de notas e de registro, devido à sua natureza de serviços públicos, não estão sujeitas à tributação; portanto, não podem ser incluídas na lista definidora de 'serviços de qualquer natureza' de competência tributária dos municípios. Rejeitada a preliminar, confirma-se a sentença, em reexame necessário, prejudicado, no mérito, o recurso voluntário.

(...) É bem verdade que, a teor do art. 236 da Constituição Federal, reproduzido na Constituição Mineira, no seu art. 277, 'os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público'.

Todavia, embora as atividades exercidas pelos oficiais de notas e de registros sejam exercidas pelo particular, por delegação, trata-se de serviço público, estabelecido em lei, cobrado por emolumentos, não podendo, portanto, ser incluídas na lista definidora de 'serviços de qualquer natureza' de competência tributária dos municípios.

Com efeito, o cartório não é empresa pública nem sociedade de economia mista que explora atividade econômica. Não há, no caso dos autos, qualquer tipo de atividade sujeita a contraprestação, mas um serviço público remunerado por meio de emolumentos.

Desta forma, em face da ausência do objetivo econômico e de risco, o cartório não pode ser equiparado a empresa, quer pública, quer privada, para se aplicar o § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

Como enfatizou o Ministro Garcia Vieira:

o serventário não é dono da serventia, mas ocupante de cargo público; seus livros, suas anotações, seus registros são de propriedade do Estado, posto que são lavrados e expedidos por quem tem fé pública, já que desempenham função estatal (Agravo de Instrumento de n. 63.723-MG).

Por conseguinte, a atividade dos serviços cartorários não se situa na órbita da competência tributária municipal.

Não parece, por tudo, se possam afastar da imunidade constitucional recíproca, a obstar a tributação municipal pelo ISS, os serviços estaduais registrares e notariais.

O *bis in idem* da tributação proposta

Assentada a questão da imunidade recíproca, vedatória, por si, da instituição válida de ISS/municipal sobre serviços estaduais notariais-registrares, outro aspecto relevante ainda se apresenta e merece destaque, com igual força inibitória da sustentabilidade jurídica do mesmo item 21 da "Lista" anexa à LC 116.

Trata-se da superposição tributária a que irão se sujeitar, no âmbito do Estado de Minas Gerais, os mesmos componentes dos serviços notariais/registrares - mesmo fato gerador, mesmos contribuintes, mesma base de cálculo -, acaso se venha a admitir a incidência.

Para que se constate a insustentabilidade exacional também sob este outro aspecto, mais precisamente o *bis in idem* que ela acarretará e que estará consagrado na admissão do ISS sobre tais serviços, convém que se confira, com exatidão, a natureza da estrutura remuneratória fixada para eles e que o trabalho se inicie, primeiro, pelo exame das disposições da própria Constituição Federal.

Programou o Constituinte originário, ainda na disposição do art. 236, especificamente no seu § 2º, modalidade específico-remuneratória dos atos notariais/registrares, que não se confunde, em absoluto, como já dito, com tarifas ou preços públicos, ou com contraprestação pecuniária simples, eis que, em vez de relação jurídica obrigacional-consensual, a imposição remuneratória, nesta modalidade de serviços públicos, se fará, sempre, devida pelo particular-usuário dos mesmos.

Neste sentido, o § 2º do art. 236 da CF:

Art. 236 - (...)

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Não se tem, no cumprimento dos emolumentos, propriamente opção ou fruto de deliberação anímica de pagamento pelo particular, ou sujeição deste a livre decisão, arbitramento, ou quantificação pelo prestador-delegatário.

Trata-se, nos exatos termos da imposição constitucional, de mecanismo remuneratório compulsório *ex vi legis*, havendo a norma legal - destinada ao exato cumprimento do comando constitucional do § 2º do art. 236/CF - de disciplinar-lhe ditames e parâmetros de fixação.

A referida norma infraconstitucional federal destinada ao cumprimento da disposição do § 2º do art. 236/CF foi finalmente editada em dezembro de 2000. Trata-se da Lei 10.169/2000, que, regulamentando o específico dispositivo constitucional citado, fixou normas gerais para o arbitramento dos emolumentos no âmbito dos Estados-membros.

Uma vez mais atestando o caráter estadual - nunca federal, menos ainda municipal - dos serviços notariais e de registro, diz então o art. 1º da citada Lei 10.169/2000:

Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei.

Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

Noutras palavras, a *obligatio* relacionada com os emolumentos não nasce, por força de lei expressa, diretamente, ou do puro uso dos serviços público-estaduais, pelo particular, mas do cumprimento, pelo prestador, da disciplina fixada, de modo cogente, na "Norma Especial de Emolumentos" a que alude o § 2º do art. 236/CF.

Pode-se, assim, pacificamente dizer que, nos termos da lei especial de emolumentos, o recolhimento dos emolumentos, pelo particular, *ex vi* da própria Constituição e de sua norma aplicativa (que cumpre o § 2º do art. 236/CF), irradia correspondente direito subjetivo público à prestação do serviço estadual, pelo prestador-delegatário.

Reside, neste ponto exato, o caráter impositivo-remuneratório-específico, de origem direto-constitucional, como aspecto transformador do emolumento em sujeito de arrecadação vinculada (à lei), que o eleva, à evidência, à distinta categorização jurídica.

Na sua compulsoriedade, como *conditio sine qua non*, ao mesmo tempo, da fruição dos serviços e também de sua prestabilidade obrigatória, bem como de sua parametrização legal, está presente a natureza estritamente tributária - não simplesmente tarifária ou, menos ainda, contraprestacional pura.

O emolumento assume nítida característica tributária, sendo que a sua finalidade - remuneratória de serviços públicos estaduais (notariais/registrares), específicos e plenamente divisíveis, postos à permanente e contínua disposição dos particulares - cunha-o com contornos de taxa, mais precisamente de taxa de serviços, nos termos dos arts. 145, II, da CF e 77 do Código Tributário Nacional.

Tal caracterização dos emolumentos - como taxas de serviços e não como tarifas, preços, ou contraprestação contratual-pecuniária - se faz já pacífica e antiga na jurisprudência brasileira.

O próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve oportunidade de apreciar o tema e proclamar - quando do julgamento unânime da Apelação Cível 148.980-6/00, Comarca de Coronel Fabriciano/mandado de segurança, j. em 17.02.2000, Relator Desembargador Aloysio Nogueira, que:

É certo que os emolumentos extrajudiciais se qualificam como taxas públicas; são devidas ao Estado, como prestação compulsória de serviço público específico e divisível; é por delegação que o serventário as arrecada, realizando serviço público; por isso mesmo, ao permitir que o serventário fique, total ou parcialmente, com o que é arrecadado a esse título, para fazer face às despesas do Cartório e ao seu salário, o Estado procede a mera operação financeira, usando da plenitude do seu poder de partilha do produto dos emolumentos (RTJ, 141/430).

Bem se vê desta precisa advertência do aresto/TJMG, que o caráter especial constitucionalmente conferido - e legalmente disciplinado - da delegação dos serviços notariais/registrares estende, do Estado ao delegatário, o poder arrecadatório primitivo - quanto ao tributo (ou, quanto à taxa de serviços/emolumentos) - de forma a permitir que, em antecipada repartição da receita fiscal equivalente, os serviços (estaduais) e a própria atividade pública do delegatário sejam diretamente discriminados e remunerados, ou auto-remunerados, sem necessidade de repasse ou traspasse de rendas públicas orçamentárias.

Neste mesmo sentido, isto é, o da tipificação tributária dos emolumentos como taxas estaduais de serviços, decidiu também o Supremo Tribunal Federal.

O STF:

Custas e emolumentos. Natureza jurídica. Necessidade de lei para sua instituição ou aumento. - Esta Corte já firmou o entendimento sob a vigência da Emenda Constitucional n. 1/69, de que as custas e os emolumentos têm a natureza de taxas, razão por que só podem ser fixadas em lei, dado o princípio constitucional da reserva legal para a instituição ou aumento de tributo.... (RE 116.208/MG - Relator(a): Min. Moreira Alves - Julgamento: 20.04.1990 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ - Data: 08.06.90 PG-***** EMENT VOL-01584-02 PG-00317.)

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade do Estado do Espírito Santo (ADIN 1.378), ao analisar o óbice duplo - resultante exatamente da natureza tributária dos emolumentos e da especialidade da delegação pública de serviços notariais/registrares - oposto à destinação, a terceiros, da receita (tributária) de emolumentos, pronunciou-se igualmente o mesmo STF:

Ação direta de inconstitucionalidade - Custas judiciais e emolumentos extrajudiciais - Natureza tributária (taxa) (...) Natureza jurídica das custas judiciais e dos emolumentos extrajudiciais. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina. Serventias extrajudiciais. - A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada 'em caráter privado, por delegação do Poder Público' (CF, art. 236) não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. - As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas 'a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos' (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e jurisprudência. - Destinação de custas e emolumentos a finalidades incompatíveis com a sua natureza tributária. - Qualificando-se as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais como taxas (RTJ, 141/430), nada pode justificar seja o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois, nessa hipótese, a função constitucional da taxa - que é tributo vinculado - restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilegiado (e inaceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares (Associação de Magistrados e Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade. Precedentes. (ADIn 1.378 MC/ES - Espírito Santo - Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - Relator(a): Min. Celso de Mello - Julgamento: 30.11.1995 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ de 30.05.97 - PP-23.175 - EMENT. VOL-01871-02 PP-00225.)

Arbitrado, portanto, o caráter indiscutivelmente tributário-específico dos emolumentos, recolhíveis nos termos dos comandos sucessivos do § 2º do art. 236/CF e da Lei 10.169/2000 - como taxas estaduais de serviços -, resta identificar, à luz das mesmas disposições, os elementos que compoñham e integrem este tributo (os emolumentos).

Pode-se fixá-los, nos exatos termos da Lei 10.169/2000, da seguinte forma:

- a) fato gerador da incidência da taxa de serviços/emolumentos: a prática, por tabeliães e registradores, de atos notariais e de registro;
- b) contribuintes da taxa de serviços/emolumentos: os usuários dos atos notariais/registrais;
- c) agentes delegados/arrecadores da taxa de serviços/emolumentos: os delegatários dos serviços notariais e registrais (tabeliães e registradores);
- d) base de cálculo/aliquotamento: respectivamente, o custo efetivo dos atos notariais, e respectivos importes, em moeda nacional, arbitrados e tabelados por norma estadual ("Tabela Estadual de Emolumentos"), na forma do art. 2º, I, da Lei 10.169/2000.
- e) finalidade/destinação: remuneração dos atos públicos notariais-registrais.

Entretanto, se já esta primeira taxa, que incide sobre o custo dos serviços públicos estaduais de notas e registros, está cominada legalmente ao particular/usuário, que passa a ser dela contribuinte de direito e de fato, gera ainda a mesma Lei 10.169/2000, agora com espeque não mais no § 2º do art. 236/CF, mas em seu § 1º, oportunidade para a instituição, no mesmo âmbito dos Estados-membros, de também outro distinto tributo.

É que, se a primeira exação tributária - a taxa de serviços propriamente considerada e denominada emolumentos, destinada à exclusiva remuneração do uso, pelo particular, dos serviços estaduais, de notas e de registro - ampara-se no comando constitucional expreso (do art. 236, § 2º, da CF), que impõe sejam tais atividades diretamente remuneradas, outra imposição da Constituição fixa dever público ao Estado de submeter tais atos "... a fiscalização... pelo Poder Judiciário...".

Dotando, desta forma, os Estados-membros de adicional e específico poder administrativo de polícia e conferindo-lhes *plus* fiscalizatório, precisamente o *munus* da fiscalização especial dos atos extrajudiciais-descentralizados, e finalmente atribuindo o fiscalizatório ao Poder Estatal, que, por origem, assume - e detém estrutura - para exclusiva prestação do centralizado serviço público jurisdicional, a Constituição/88 editou ônus adicional.

Considerando que, apenas em Minas Gerais, registra-se existência de milhares de pontos (ou serventias) delegatários de serviços notariais-registrais, cada um dos quais empenhados na prática diária de dezenas, ou até centenas, de atos ligados a interesses de particulares, tem-se uma idéia do volume robusto do encargo fiscalizatório atribuído pelo Constituinte originário aos Poderes Judiciários dos entes estaduais.

Juízes estaduais e serventuários da Justiça tiveram, de consequência, de armar - usualmente no âmbito das respectivas Corregedorias de Justiça estaduais - verdadeira parafernália estrutural especializada (juízes dotados de jurisdição fiscalizatória especializada, funcionários especializados, etc.), com o fito, exclusivamente, do cumprimento do comando superior, do citado parágrafo primeiro do art. 236/CF.

Tal adicional estruturação pública, ou representativa do *plus* fiscalizatório imposto à infra-estrutura dos Estados-membros, especificamente o poder de polícia oneroso e gravemente atribuído diretamente pela Constituição Federal, aos Judiciários estaduais, haverá, como especifica atribuição estatal, de receber correspondente suprimento financiador, por recursos públicos.

Se a atividade judiciária-ordinária - ligada à centralizada prestação de serviços jurisdicionais *stricto sensu* - remunera-se, no âmbito dos Estados, por repasse de receitas ordinárias (impostos principalmente), a adicional e específica fiscalização dos serviços públicos estaduais descentralizados e delegados exige, correspondentemente, financiamento público específico.

Nesta *ratio*, está, então, a justificativa para que os Estados-membros, com amparo nas conjugadas disposições - do art. 236, § 1º, c/c art. 145, II, da CF - pudessem instituir, legalmente, correspondente tributo-finalístico remuneratório (especificamente remuneratório) do poder de polícia-fiscalizatório dos atos notariais e de registro.

Taxas estaduais de polícia (remuneratórias da fiscalização público-estadual), aliadas à própria Taxa Estadual de Serviços (os próprios emolumentos detalhados na Lei 10.169/2000), passam, assim, a constituir dupla incidência tributária, específica e admissível, à luz da Carta da República, para os serviços notariais e registrais.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, ambas as taxas - tanto a remuneratória de serviços (os emolumentos tabelados) e a remuneratória da fiscalização (do poder administrativo de polícia) - acham-se plena e validamente instituídas por distintas leis estaduais.

Os emolumentos estaduais - a taxa de serviços notariais e registrais - estão instituídos e arbitrados pela Lei Estadual 12.727/97, que se incumbe, no âmbito do Estado (de MG), da "... contagem, cobrança e pagamento dos emolumentos devidos por serviços extrajudiciais...".

Trata-se, portanto - e considerando-se, repita-se, o caráter tributário dos emolumentos -, de norma especial-estadual tributária.

Já a remuneração específica dos serviços de fiscalização estadual - a carga do Poder Judiciário mineiro - ampara-se na instituição, posteriormente decidida em relação aos emolumentos estaduais, de outro específico tributo finalístico-estadual, denominado, textualmente, pela Lei 13.438/99, Taxa de Fiscalização Judiciária.

Há, então, em Minas Gerais, além da taxa de serviços propriamente dita - ou, da instituição dos emolumentos tabelados pela Lei 12.727/99 -, a Taxa de Fiscalização Judiciária-TFJ (instituída pela Lei 13.438/99), ambas incidindo sobre o custo de cada ato notarial e registral ou, em conjunto, sobre o custo total dos serviços notariais e registrais.

Embora dúplice esta incidência sobre os mesmos custos dos serviços públicos estaduais, as ditas exações não se confundem, pois apresentam elementos integrantes completamente distintos, sendo os seguintes os que consolidam especificamente a TFJ-Taxa de Fiscalização Judiciária instituída pela Lei 13.438/99:

a) fato gerador da incidência da taxa de polícia: a fiscalização efetiva e administrativa (diversa da atuação jurisdicional *stricto sensu*), exercida pelo Poder Judiciário estadual quanto ao implemento dos atos notariais e registrais;

b) contribuintes da taxa de polícia - os próprios delegatários dos serviços estaduais notariais/registrais;

c) agente arrecadador da taxa de polícia (o Estado de Minas Gerais, com o concurso do Poder Judiciário estadual, pelo controle do emprego do "selo" de fiscalização em cada ato notarial/registral, conforme "Notas ao Anexo II", constantes da Lei 13.438/99 c/c Lei 12.727/97);

d) base de cálculo/aliquotamento: respectivamente, parcela do custo efetivo dos atos notariais e respectivos importes, em moeda nacional, fixados para cada um dos emolumentos, arbitrados e tabelados (indicador constante do "Anexo II" da "Tabela Estadual de Emolumentos");

e) finalidade/destinação: remuneração dos atos de fiscalização público-administrativa dos serviços registrais/notariais.

Como se vê, os serviços público-estaduais notariais e registrais acham-se, no âmbito do Estado de Minas Gerais, sujeitos a duplicada, específica e finalística tributação estadual, derivada de duas Taxas: Taxa de Serviços denominada emolumentos (custeada por usuários) + Taxa de Polícia denominada TFJ (custeada por delegatários dos serviços).

Assim, se os emolumentos - a taxa de serviços - destinam-se à remuneração total dos atos notariais/registrais, nela incluída, por repartição automática do proveito da arrecadação, a própria remuneração do delegatário, a TFJ-Taxa de Fiscalização Judiciária, por sua vez, constitui parcela que, arrecadada no próprio ato do pagamento dos emolumentos (diária ou semanalmente recolhidas ao próprio Tesouro estadual), se faz destacada do custo integral dos serviços.

Isto bem demonstra que a TFJ não constitui, em absoluto, proveito econômico para os delegatários dos serviços, que, rigorosamente - e por serem os devedores do seu recolhimento efetivo semanal-diário ao Tesouro - figuram, *ex vi legis*, como contribuintes de direito e de fato desta taxa.

Neste sentido, os serviços notariais/registrais, em Minas Gerais, se sujeitam, repita-se, a duplo e finalístico custeio público: Taxa de Serviços suportada pelos usuários + Taxa de Polícia suportada por delegatários.

Ambas assentadas em um mesmo fato gerador - a prática do ato notarial/registral -, não podem, em absoluto, servir a outra adicional e não finalística incidência, por impostos.

Se o fato gerador - derivado do exercício pelo ente interno da Federação, de competência tributária própria - já se exaure com a instituição prévia de tributo direto, veda-se sua reinvenção, como fonte tributária adicional.

Trata-se este de comando que distingue e impossibilita uso da hipótese de incidência de taxas para a instituição de impostos, vedação haurida diretamente da Constituição Federal - art. 145, § 2º, *in verbis*:

Art. 145. (...)

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Em igual sentido, o art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

Art. 77. (...)

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital da empresa.

Tanto assim já o é, ou seja, tanto já não se permite a tributação por impostos ou adicionais tributários de fatos geradores de taxas, que nem aos Estados-membros - que são os únicos titulares, repita-se, dos serviços notariais/registrais - tem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permitido uso de taxas de serviços que tipificam os emolumentos como base para adição de impostos.

No paradigmático julgamento, em ação direta de inconstitucionalidade - ADIN 1.778, de Minas Gerais, Relator Ministro Nelson Jobim, na qual litigantes a Anoreg-Associação dos Notários e Registradores do Brasil e a Assembleia Legislativa de Minas Gerais/Governo do Estado -, o excelso STF, por unanimidade, suspendeu eficácia de dispositivos então constantes da Lei Mineira 12.727/97, que justamente instituía, com caráter tributário de imposto, adicional de receita pública.

Naquele histórico e educativo aresto, datado de 31.03.2000, a Suprema Corte acentuou:

Serviços cartorários. Custas e emolumentos. Acréscimo de percentual intitulado. Receita adicional. Ausência de relação com o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível. Incompetência dos Estados da Federação para instituir impostos sobre os negócios notariais. Espécie que não configura taxa nem imposto.

Inobstante tudo isso, ou seja, a despeito da mais absoluta impossibilidade de servir o mesmo fato gerador de taxas estaduais - de serviços e de polícia, como são os emolumentos e a Taxa de Fiscalização Judiciária, já definidos, instituídos e sujeitos à atual arrecadação em Minas Gerais, na forma das Leis Estaduais mineiras, 12.727/97 e 13.438/99 -, à própria incidência de impostos estaduais, lança-se, agora, a LC 116 à permissão para que os municípios tributem, com imposto sobre serviços, estes mesmos fatos.

Com efeito, relembre-se que o item 21, da "Lista Anexa", conjugado com o art. 1º da LC 116, dá conta de que o fato gerador adotado para o novo Imposto Sobre Serviços-ISS será o implemento de "serviços de registros públicos, cartorários e notariais" e que o contribuinte do imposto municipal haverá de ser o prestador desses serviços.

Ocorre, como dito, que o "prestador" dos serviços notariais/registrais - o delegatário estadual dos mesmos - já se submete, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a específica e finalística exação, que tem por base o mesmo fato, eis que contribuinte, pela exata prestação dos serviços notariais/registrais, da Taxa de Fiscalização Judiciária-TFJ, instituída pela Lei Estadual 13.438/99.

Nem se diga, aliás, deva ser considerado contribuinte de fato do ISS, para viabilização da nova incidência municipal, o tomador dos serviços notariais/registrais - o particular-usuário dos serviços, que suporta o custeio dos emolumentos -, pois, rigorosamente, também, sob este ângulo da questão, o tomador já se acha pré-tributado pela própria taxa de serviços, através do custeio direto dos emolumentos.

Lembre-se, uma vez mais, que, em Minas Gerais, via de normas estaduais distintas (Leis 12.727/97 e 13.438/99), ambos, o tomador (usuário) e o prestador dos serviços (delegatário), suportam, acerca do mesmo fato-gerador (o implemento dos atos notariais-registrais), diversas e inconfundíveis taxas estaduais (uma, de serviços-emolumentos, paga pelo usuário; outra, de polícia-fiscalização, recolhida pelo delegatário ao Tesouro).

Neste sentido, a instituição do ISS - imposto do município - sobre os mesmos serviços notariais-registrais, além de contrariar a vedação constitucional à tributação recíproca, viola, claramente, a intangibilidade do fato gerador pré-tributado por duas taxas estaduais.

Não bastasse isso, deve-se atentar para o fato de que, ao permitir utilização, como base para o cálculo do ISS, do preço dos serviços notariais/registrais, a LC 116 ainda termina por eleger, igualmente, mesma base sobre a qual se assentam as citadas taxas mineiras - de serviços e de polícia -, já que ambas têm, justamente, no valor dos serviços o parâmetro, definido nos Anexos I e II da Lei 12.727/97, o elemento unitário para a quantificação respectiva.

Isto faz com que, incidindo o ISS sobre o mesmo importe - o custo dos serviços -, se estará, a rigor, promovendo a tripla incidência tributária sobre mesma base remuneratória (duas taxas estaduais e o novo imposto municipal).

A LC 116, noutras palavras, lança-se à prática, constitucionalmente vedada, da superposição exacional sobre mesmo fato gerador e sobre mesma base de cálculo pré-tributados, implementando, nisso, inequívoco *bis in idem*, relativamente à definição, que faz, no item 21, de sua "Lista de Serviços", dos serviços notariais e registrares como atividades tributáveis pelo ISS.

Ao fazê-lo, ainda duplica a legitimação arrecadatória - tornando-a municipal, quando já há muito estadual - acerca de fatos e base idênticos, o que evidencia insustentável tributação repetida em níveis diferentes da Administração Pública, sendo que os serviços cogitados são específicos de uma só unidade federativa (art. 79, II, do CTN).

Por tudo, nos parece, também sob este outro aspecto, insustentável, frente ao Texto Maior, a decisão legislativa adotada no item 21 da "Lista" trazida com a edição da LC 116.

Conclusão

Quer-nos parecer, conclusivamente, que a opção legislativa inovadora da LC 116, pelo conjunto dos aspectos abordados - violação à imunidade recíproca constitucionalmente assegurada, tributação, por imposto, de fato e base pré-tributados por taxas estaduais vigentes, inclusive, no Estado de Minas Gerais -, não resiste à análise de constitucionalidade material.

Debates de constitucionalidade, portanto, do item 21, da "Lista" adicionada pela LC 116, frente aos citados dispositivos da CF, parecem inevitáveis, o que fará com que o Judiciário seja convocado à apreciação correspondente, a fim de que a palavra final sobre o tema seja dada - observando-se, pela natureza do debate tributário, limitadores de legitimação recém-editados pela Medida Provisória 2.180/35-2001, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 1º da Lei 7.345/85.

Referências bibliográficas

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*.
MARTINS, Cláudio. *Teoria e Prática dos Atos Notariais*.
LOPES, M. M. Serpa. *Tratado dos Registros Públicos*.
CENEVIVA, Walter. *Lei Dos Registros Públicos Comentada*.
_____. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*.
NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil Anotado*.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed.
MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*.
VOLKWEISS, Roque Joaquim. *Direito Tributário Nacional*.
PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*.
GODÓI, Marciano Seabra de et al. *Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF*.

O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade

Dr. Érico Andrade*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Lei de Responsabilidade Fiscal. 2.1 A responsabilidade fiscal dos agentes públicos. 3 Improbidade administrativa. 3.1 Os tipos de improbidade administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 3.2 A ação civil pública de improbidade administrativa no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal. 4 Conclusões. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A LC 101/00, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, tem por objeto, conforme consta de seu art. 1º, o estabelecimento de "normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal". E lança, no art. 1º, § 1º, os pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Assim, como aponta Carlos Valder do Nascimento,

a lei tem por escopo sedimentar o regime de gestão fiscal responsável, mediante implementação de mecanismos legais que deverão nortear os rumos da Administração Pública. Constitui, pois, um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública.¹

Mas, para que os objetivos delineados na Lei de Responsabilidade Fiscal possam ser atingidos - entre eles o principal, que é o equilíbrio das contas públicas -, impõe-se que os agentes públicos² que lidam com os "dinheiros públicos" efetivamente cumpram seus preceitos³. E, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "para o cumprimento desses objetivos, são previstas medidas sancionatórias, de modo a assegurar a responsabilidade dos agentes públicos na gestão fiscal"⁴.

Imperioso, assim, para se conseguir a efetiva aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, que os agentes públicos que descumpram seus preceitos venham a ser, de fato, punidos, pois, como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "a impunidade, como se sabe, é o maior incentivo às transgressões"⁵. Na mesma esteira, tenha-se o entendimento de Adilson Abreu Dallari:⁶

Enfim, a irresponsabilidade geral é uma constante entre nós. A irresponsabilidade dos agentes políticos, acima de tudo, é tomada como algo inerente à atividade governamental. Levar vantagem,

(*) Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Mestrando em Direito Administrativo na UFMG. Professor Substituto na UFMG.

1 Nascimento. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 11.

2 Agente público, aqui, é entendido em sentido lato, na esteira da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 227: "Esta expressão - agentes públicos - é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente".

3 Até porque, como anota Adilson Abreu Dallari, *A responsabilidade do agente político*, Jus Navigandi, 42, set. 1999, "não é por falta de normas jurídicas que a corrupção e a impunidade reinam soberanamente no Brasil".

4 Di Pietro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 129.

5 Moreira Neto. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos*, RDA, 221, jul./set. 2000, p. 74.

6 Dallari. *A responsabilidade do agente político*, Jus Navigandi, 42, set. 1999.

por meio do sacrifício de direitos alheios, especialmente da coletividade, parece ser algo totalmente indissociável do exercício do Poder.

Um dos grandes desafios que se impõem, portanto, à comunidade jurídica, é conferir efetividade aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal⁷, e, nesse particular, avulta a importância do Poder Judiciário, do qual não se pode excluir a apreciação de qualquer "lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF), e, que, por isso, quando instado a tanto (art. 2º do CPC), deverá verificar, dentro do caso concreto, a escorrida incidência das normas da LC 101/00, e, na hipótese de violação, deverá aplicar as sanções civis, administrativas e penais aos responsáveis⁸.

A importância do Judiciário no tema mais se avulta quando se atenta para o fato de que os controles administrativos incidentes sobre a gestão, interno e externo, este último exercido pelo Tribunal de Contas, tendem a não funcionar, como aponta Regis Fernandes de Oliveira:

De seu turno, a Administração Pública tem suas figuras formais de controle. O texto constitucional fala em controle interno de cada poder (art. 70) e o externo, realizado pelo Tribunal de Contas. O primeiro formaliza-se em diversos instrumentos que não funcionam ou estão desgastados (...). O Tribunal de Contas, que deveria ter grande significação como instrumento de controle, fracassa, totalmente, não porque quer, mas porque a Constituição não lhe deu poderes suficientes para eficaz atuação. Falha na composição de seus integrantes, normalmente escolhidos politicamente, para atender ao governante de plantão, e decisões são tomadas ao sabor de conveniências políticas⁹.

Nessa linha, o estudo que se passa a empreender tem por objetivo verificar a possibilidade de utilização de importante instrumento processual no controle da Administração Pública no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal: ação civil pública, mais especificamente aquela regulada na Lei 8.429/92.

O trabalho se desenvolverá no seguinte plano: a) estudo da Lei de Responsabilidade Fiscal, com destaque para a responsabilidade fiscal dos agentes públicos; b) análise da improbidade administrativa, sob enfoque da gestão fiscal, e a possibilidade de utilização da ação civil pública prevista na Lei 8.429/92 para sancionar transgressões das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2 A Lei de Responsabilidade Fiscal

No Brasil, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sempre existiu

uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar os erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, se incorporaram ao cotidiano político¹⁰.

Por essa razão, observa Cármen Lúcia Antunes Rocha, a questão do controle dos gastos públicos passou a ganhar importância no cenário político nacional:

A importância das finanças públicas, do direito financeiro e, em especial, da questão dos gastos públicos está na ordem do dia, especialmente num país como o Brasil, no qual não se cogitam dos custos dos dinheiros públicos, mas dos constantes abusos com os dinheiros públicos em proveito de particulares¹¹.

Esse foi o quadro encontrado pela LC 101/00, que objetiva, justamente, pôr cobro a tal estado de coisas:

Com tais objetivos, foi editada a Lei Complementar nº 101/00, também denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que é parte integrante de um conjunto de medidas que compõem o denominado Plano de Estabilização Fiscal (PEF), tendo estabelecido mecanismos de gestão responsável dos recursos públicos, com o objetivo de conter o déficit e estabilizar a dívida pública, possibilitando a manutenção do equilíbrio que deve existir entre despesas e receitas públicas¹².

O ponto central da Lei de Responsabilidade Fiscal reside, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em "um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público"¹³.

Na verdade, a LC 101/00 não introduziu grandes novidades, pois várias das regras que traz em seu bojo já vigoravam no direito brasileiro, como, v.g., na Lei 4.320/64, que, registre-se, continua em vigor, naquilo que não conflitar com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, a LC 101/00, no dizer de Emerson Garcia, veio a

estabelecer reprimendas mais severas para aqueles que não agissem de forma responsável na gestão do dinheiro público e, primordialmente, conferiu maior transparência à gestão fiscal, incentivando o desenvolvimento da ideologia participativa¹⁴.

As sanções para o descumprimento de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal são de duas ordens, institucionais ou pessoais, ou seja, podem recair tanto sobre a entidade como sobre o agente:

um dos aspectos fundamentais dessa LC é estar ela suportada pela ameaça de dois tipos de punição: a institucional, em que o ente sofre as consequências da ação ou inação de seus administradores na gestão financeira, e a criminal, que tipifica o comportamento do gestor que venha a afrontar seus dispositivos¹⁵.

Dentro desse objetivo de equilíbrio das contas públicas, podem, de plano, ser apontadas as seguintes normas da LC 101/00 que, se descumpridas, vão gerar aplicação das sanções institucionais ou pessoais:

a) deixar de elaborar Anexo de Metas Fiscais, que integra o projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC 101/00), enseja aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, II, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

b) deixar de promover limitação de empenho e movimentação financeira, quando verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento do resultado primário ou nominal estabelecido no Anexo de Metas Fiscais (art. 9º da LC 101/00), enseja aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, III, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00)¹⁶;

c) é requisito essencial da gestão fiscal responsável a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente federado (art. 11, LC 101/00), requisito que, se descumprido, gera a incidência da sanção institucional consistente na vedação do repasse das transferências voluntárias (art. 11, parágrafo único, LC 101/00);

d) geração de despesa ou assunção de obrigação sem que se atenda aos comandos dos arts. 16 e 17 da LC 101/00 (art. 15, LC 101/00) pode atrair sanção penal consistente na aplicação da pena de reclusão de 1 a 4 anos (arts. 359-C e 359-D do CP, na redação da Lei 10.028/00);

12 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 310.

13 Moreira Neto. *Mutações do Direito Administrativo*, p. 290.

14 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 310.

15 Lino. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 209.

16 O STF, na ADIn 2.238-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, suspendeu liminarmente apenas o § 3º do art. 9º da LC 101/00, ou seja, a possibilidade de o Executivo interferir nos repasses aos Poderes Legislativo e Judiciário se estes não promoverem a limitação de empenho referida no caput do art. 9º. Quanto ao mais, o art. 9º permanece eficaz.

7 Nessa linha, confira-se o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 318: "É preciso, pois, desenvolver um grande esforço nacional para ampliar a consciência da necessidade de cultivar os valores introduzidos com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e de apertecê-la em sua execução".

8 Diogo de Figueiredo Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 290/291, aponta o "árido trabalho interpretativo" da Lei de Responsabilidade Fiscal, que deverá ser exercido pelos "seus milhares de aplicadores e, inevitavelmente, confluirá para os tribunais do País".

9 Oliveira. *Responsabilidade fiscal*, p. 9/10.

10 Moreira Neto. *Mutações do Direito Administrativo*, p. 289.

11 Rocha. *Improbidade administrativa e controle das finanças públicas*, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 114.

e) não-enquadramento das despesas com pessoal nos limites estabelecidos na LC 101/00 (arts. 18 a 20) acarreta incidência de sanção institucional consistente na impossibilidade de receber transferências voluntárias, obter garantias e contratar operações de crédito (art. 23, § 3º, LC 101/00) e aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, IV, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

f) aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao término do mandato acarreta nulidade de pleno direito do ato (art. 21, parágrafo único, da LC 101/00) e importa em sanção penal, reclusão de 1 a 4 anos (art. 359-G, CP, na redação da Lei 10.028/00);

g) as transferências voluntárias reguladas no art. 25 da LC 101/00 podem gerar aplicação de sanção penal, detenção de 3 meses a 3 anos, aos agentes políticos municipais, acaso ocorra realização ou recebimento dessas transferências voluntárias em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei (art. 1º, XXIII, DL 201/67, redação dada pela Lei 10.028/00); o mesmo fato é caracterizado como crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 12, item 5, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

h) a destinação de recursos públicos para o setor privado deverá ser autorizada por lei específica e atender às condições estabelecidas na LDO e estar prevista na lei orçamentária (art. 26 da LC 101/00), sob pena de cometimento de crime, consistente em ordenar despesa não autorizada por lei, situação que pode gerar a aplicação da pena de reclusão de 1 a 4 anos (art. 359-D, redação dada pela Lei 10.028/00);

i) se a dívida consolidada do ente da federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser reconduzida ou adequada a tais limites nos termos do art. 31 da LC 101/00, sendo que o descumprimento dessa norma acarreta a incidência de sanção institucional (proibição de realização de operação de crédito interna ou externa, impossibilidade de receber transferências voluntárias e inclusão em relação divulgada pelo Ministério da Fazenda - art. 31, §§ 1º, 2º e 3º, da LC 101/00); administrativa (aplicação da multa de 30% dos vencimentos anuais do agente - art. 5º, III, e §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00 e art. 31, § 1º, II, LC 101/00); criminal (no caso dos agentes políticos municipais, art. 1º, XVI, DL 201/67, na redação da Lei 10.028/00); e, ainda, crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 5, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

j) a LC 101/00 regula a contração e realização das operações de crédito, submetendo-as a limites e condições (arts. 32 a 37 da LC 101/00), que, se descumpridos, podem configurar a infração penal descrita no art. 359-A do CP, na redação da Lei 10.028/00, ou no art. 1º, XX, do DL 201/67 (redação da Lei 10.028/00), no caso de agentes políticos municipais; a infração poderá também caracterizar crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, itens 6, 7, 8 e 9, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

l) operações de crédito por antecipação da receita orçamentária realizadas em desacordo com os arts. 37, I, e 38 da LC 101/00 podem acarretar o cometimento, pelos agentes municipais, do crime previsto no art. 1º, XXI, do DL 201/67 (redação dada pela Lei 10.028/00); a infração poderá também caracterizar crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 10, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

m) também é tipificado com infração penal no art. 1º, XXII, do DL 201/67, redação conferida pela Lei 10.028/00, ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa daquela prevista na lei que autorizar tal emissão; o mesmo fato é caracterizado como crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 11, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

n) prestação de garantia em desacordo com o disposto no art. 40 da LC 101/00 pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-E, CP, redação da Lei 10.028/00;

o) a inscrição irregular em restos a pagar, nos dois últimos quadrimestres do mandato eletivo (art. 42 da LC 101/00), pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-B, CP, na redação da Lei 10.028/00;

p) a LC 101/00, art. 51, determina aos entes da federação o encaminhamento à União de suas contas, para efeito de consolidação e divulgação, obrigação que, se descumprida, gera aplicação de sanção institucional consistente no impedimento de realização de transferências voluntárias (art. 51, § 2º, LC 101/00) e, no âmbito municipal, ainda poderá implicar crime (art. 1º, VI, DL 201/67);

q) os arts. 54 e 55 da LC 101/00 ditam a necessidade de emitir, ao final de cada quadrimestre, um relatório de gestão fiscal, que, se não emitido, acarreta incidência da sanção institucional de impedimento de recebimento de transferências voluntárias (art. 55, § 2º, da LC 101/00) e sanção administrativa, consistente na aplicação da multa de 30% dos vencimentos anuais do agente (art. 5º, I, e §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

r) emissão de títulos da dívida pública em desacordo com a norma do art. 61 da LC 101/00 pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-H, CP, na redação da Lei 10.028/00.

2.1 A responsabilidade fiscal dos agentes públicos

Cármem Lúcia Antunes Rocha leciona que não se poderia "pensar em República sem se pensar na paralela responsabilidade de todo aquele que detém e que exerce cargo público"¹⁷. Por isso, Adilson Abreu Dallari destaca que

onde houver exercício irregular de poder haverá responsabilização. O sistema jurídico brasileiro comporta várias espécies de responsabilidade aplicáveis aos agentes políticos, conforme a específica ação praticada: política, patrimonial, penal, por improbidade administrativa, popular e fiscal¹⁸.

É neste ponto - responsabilidade do agente público - que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe mais novidades, pois dotou o sistema de normas financeiras de severas sanções, acaso haja má gestão de recursos públicos. Tanto isso é certo que Marcelo Figueiredo observa que, "em matéria de sanções, é preciso, desde logo, dizer que a Lei de Responsabilidade foi pródiga"¹⁹.

Carlos Valder Nascimento explicita quando surge a responsabilidade fiscal:

O equilíbrio das contas públicas exige administração planejada e controle eficiente e sistemático das rubricas orçamentárias, com seu conseqüente acompanhamento e avaliação. De sorte que, em assim não agindo, o administrador poderá ser chamado a responder no campo da responsabilidade fiscal em face de gestão temerária. Responsabilidade reveste a qualidade de ser responsável, portanto, a condição de responder por determinado evento sobre o qual incide a regra desta lei²⁰.

Nessa linha, quando houver gestão temerária, o agente público poderá sofrer as sanções administrativas, aplicadas pelo Tribunal de Contas, nas hipóteses descritas no art. 5º da Lei 10.028/00, ou poderá até mesmo incorrer em crime, conforme os ilícitos penais introduzidos pela mesma Lei 10.028/00. O ente a que pertence o agente também poderá sofrer as conseqüências, com a aplicação das sanções ditas institucionais.

Todavia, além dessas sanções, o agente público que violar as normas da LC 101/00 pode, também, incorrer em improbidade administrativa, pois seu art. 73 dispõe expressamente que "as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo (...) a Lei 8.429/92". Situação que poderá significar aplicação cumulativa de todas as sanções previstas na LC 101/00 e Lei 10.028/00, mais aquelas pertinentes à prática de improbidade administrativa, conforme entendimento de Marino Pazzagli Filho²¹:

17 Rocha. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 108.

18 Dallari. A responsabilidade do agente político, Jus Navigandi, 42, set./99.

19 Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa. Interesse Público, nº 12, 2001, p. 117.

20 Nascimento. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 17/18.

21 Pazzagli Filho. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, p. 44.

Assim, a violação de norma de gerência do Tesouro Público pode configurar ato de improbidade administrativa, sujeitando o agente público infrator às medidas sancionatórias da LIA, independentemente de sua eventual punição penal se a conduta impropria por ele praticada enquadrar-se em uma das figuras típicas previstas no Código Penal ou em leis penais extravagantes.

Aliás, como leciona Emerson Garcia, a referência expressa contida no art. 73 da LC 101/00 à aplicação da Lei 8.429/92 é até mesmo desnecessária

porque a mera violação aos princípios da legalidade e da moralidade, observados os critérios de proporcionalidade já expostos, por si só, possibilita a subsunção da conduta à tipologia dos atos de improbidade, independentemente de expressa previsão na legislação violada²².

Tem-se, portanto, que a violação de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal pode representar improbidade administrativa até porque, entre os dois temas, há uma estreita relação²³, como anota Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando aponta a "necessidade de controle das finanças públicas, como forma de realização do princípio da moralidade administrativa e de garantia da probidade"²⁴.

Marcelo Figueiredo também expõe que "a Lei de Improbidade (Lei 8.429/92) (...) contempla algumas figuras que podem muito bem ser invocadas no caso de irresponsabilidade fiscal"²⁵; e Emerson Garcia preconiza que, "não observada a LRF, será possível enquadrar a conduta do agente público na tipologia dos atos de improbidade"²⁶.

Dentro desse quadro é que surge a perspectiva de responsabilização do agente público na via judicial pelo cometimento de improbidade administrativa em decorrência de violação das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3 Improbidade administrativa

José Afonso da Silva, citando lição de Marcelo Caetano, registra que "a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". Aponta como elemento da improbidade administrativa o dano ao erário, quando anota que "a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improprio ou a outrem"²⁷.

Improbidade, portanto, significa falta de probidade, ou seja "desonestidade e desonradez", traduzindo, segundo Waldo Fazzio Júnior, "o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé"²⁸. Por essa razão, Marcelo Figueiredo leciona que não

parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de 'desonestidade', ou improbidade propriamente dita²⁹.

A Lei 8.429/92, que tipifica as condutas que traduzem improbidade administrativa, regula as sanções aplicáveis e a ação judicial para apuração e punição da improbidade, prevê três tipos diversos de atos de improbidade administrativa: a) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro (art. 9º); b) atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (art. 10º); e c) atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

E, para sancionar tais condutas improprias, o legislador instituiu, no art. 12 da Lei 8.429/92, as penas que podem ser aplicadas aos transgressores: a) perda dos bens acrescidos ao patrimônio; b) ressarcimento dos danos causados ao erário; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Além dessas sanções, é claro que o próprio ato de improbidade poderá sofrer a sanção de nulidade, como expõe Emerson Garcia:

Além dessas sanções passíveis de serem aplicadas ao agente, também a nulidade do ato ilícito praticado deve ser perseguida, sendo esta normalmente um antecedente lógico daquelas. Frise-se, ainda, que a técnica legislativa adotada pela Lei n. 8.429/92, essencialmente voltada ao infrator, nada impede, antes aconselha, a imprescindível declaração de nulidade do ato, o que é da própria essência do sistema pátrio de controle jurisdicional dos atos administrativos³⁰.

Do exame dos tipos de improbidade estabelecidos na Lei 8.429/92 constata-se, de plano, em razão da literalidade dos seus dispositivos, que o conceito doutrinário de improbidade administrativa não foi acatado, pois admitiu-se a existência de tipos de improbidade independentemente de lesão ao erário (art. 11), bem como se entendeu suficiente para caracterização, em tese, da improbidade, a mera ilegalidade da conduta, ou seja, não se cogitou do elemento desonestidade, má-fé.

Entretanto, doutrina e jurisprudência vêm alertando que não se pode prescindir dos elementos desonestidade e dano ao erário na apuração da efetiva existência da improbidade, sob pena de se entender qualquer irregularidade ou ilegalidade como ato de improbidade administrativa, a atrair as gravíssimas sanções estatuidas no art. 12 da Lei 8.429/92. Com efeito, Marcelo Figueiredo alerta, a respeito do art. 11 da Lei 8.429/92, que "a regra acaba por considerar, sem maiores cautelas, que toda e qualquer violação à legalidade implica necessariamente ato de improbidade. Tal exegese, contudo, conduz ao absurdo"³¹. E completa o mesmo Marcelo Figueiredo:

A ilegalidade praticada por ato culposo do servidor que possa ser acoimada de formal, não causando prejuízo ao Erário, não pode ser tida como ato de improbidade, diante das severas (e incompatíveis) penalidades previstas na Lei de Improbidade. A violação à legalidade, aliada à desonestidade no comportamento do agente, pode, genericamente, ser classificada como ato de improbidade administrativa. Na aplicação e interpretação da Lei de Improbidade, deve-se atentar para o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade³².

Essa orientação, ao que tudo indica, é que vem sendo acatada pela jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que, em um precedente, envolvendo aplicação do art. 11 da Lei 8.429/92, registrou o seguinte entendimento:

Administrativo. Responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. - Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil³³.

Orientação que foi reiterada em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

As normas que dispõem sobre a improbidade administrativa devem ser interpretadas dentro do princípio da proporcionalidade e bom senso, amoldando-as ao espírito constitucional, para evitar situações arbitrárias. A ilegalidade por si só não acarreta incidência da Lei de Improbidade, pois, segundo Fábio Medina Osório, 'somente os atos que, além de ilegais, se mostrarem frutos de desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público', devem ser considerados configuradores de improbidade administrativa³⁴.

22 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 314.

23 Correlação que mais se evidencia se se considerar que tanto a Lei de Improbidade como a Lei de Responsabilidade Fiscal derivam dos princípios positivados no art. 37 da CF, que regem a atividade administrativa, conforme entendimento de Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, p. 46.

24 Rocha. *Improbidade administrativa e controle das finanças públicas*, RTCMG, v. 37, nº 4, out/dez. 2000, p. 123.

25 Figueiredo. *A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa*, "Interesse Público", nº 12, 2001, p. 120.

26 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 329.

27 Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 563.

28 Fazzio Júnior. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, p. 50/51.

29 Figueiredo. *Probidade Administrativa*, p. 24.

30 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 335.

31 Figueiredo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, nº 28, jul./set. 1999, p. 41.

32 Figueiredo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, nº 28, jul./set. 1999, p. 43.

33 STJ. REsp 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.09.99.

34 STJ. AI 354.430-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 28.02.01.

E vem sendo, ainda, encampada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ressarcimento de danos. Ação civil. Lei n. 8.429/92. Ministério Público. - A contratação irregular de servidor temporário, tendo havido real prestação de serviços, por si só, não constitui ato de improbidade administrativa a ensejar ressarcimento aos cofres públicos, à mingua de prejuízo para o Município. Ação civil julgada improcedente que se confirma³⁶.

"Em favor desse entendimento pode, sem dúvida, na esteira do entendimento de Marcelo Figueiredo, ser invocado o princípio da proporcionalidade, implicitamente acolhido na Constituição Federal vigente", pois ter-se por improbidade administrativa, a acarretar a incidência das graves sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, qualquer ilegalidade ou violação à lei, é, sem dúvida, um exagero, que não guarda consonância com o aludido princípio da proporcionalidade, que, segundo Odete Medauar

consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público; segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social³⁷.

Mas há doutrinadores, como Emerson Garcia, que contestam essa orientação. Com efeito, aponta Emerson Garcia que tal entendimento implementa "verdadeira simbiose entre a Lei n. 4.717/65 e a Lei n. 8.429/92", e arremata:

Em prevalecendo entendimentos como este, a aplicação da Lei de Improbidade será seriamente comprometida, inviabilizando a consecução do ideal de probidade na Administração, isto sem contar com a negativa de vigência do art. 21, I, deste diploma legal³⁸.

Antes de examinar os tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, nos quais podem ser enquadrados eventuais descumprimentos das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpre advertir, em consonância com o que se vem expondo, que a obediência pura e simples da LC 101/00 não significa atestado de probidade para o administrador e vice-versa, ou seja, que eventual descumprimento da LC 101/00 signifique, de plano, improbidade administrativa.

Nessa linha, confira-se lição de Misabel Abreu Machado Derzi:

pode ocorrer que um Estado se enquadre perfeitamente nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, e, mesmo assim, pratiquem os seus governantes uma série de atos de corrupção (como o superfaturamento em obras públicas). Pode acontecer ainda, ao contrário, que administradores públicos não consigam trazer os gastos com pessoal aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não obstante tenham realizado uma gestão honesta, sem prática de desvio ou improbidade³⁹.

3.1 Os tipos de improbidade administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Como aponta Marcelo Figueiredo, há

algumas condutas descritas na Lei de Improbidade que, por sua própria dilação normativa, poderiam ser invocadas na defesa dos valores protegidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁰.

Assim, o art. 10, VI, da Lei 8.429/92, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário "realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea".

36 Moraes. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 133/134.

37 Medauar. *Direito Administrativo Moderno*, p. 154.

38 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 214.

39 Derzi. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 250.

40 Figueiredo. "A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa" - *Revista Jurídica*, nº 12, 2001, p. 120.

Perfeitamente enquadráveis nesse tipo de improbidade as violações às normas da LC 101/00 que regulam a contratação e realização das operações de crédito, inclusive as operações de crédito por antecipação da receita orçamentária, submetendo-as a limites e condições previamente estabelecidas (arts. 32 a 38 da LC 101/00). Essas operações de crédito constituem uma das espécies de operação financeira, como explicita Marcelo Figueiredo: "O Estado, através de suas manifestações, adquire títulos, ações, concede empréstimos, toma recursos - enfim, realiza 'operações financeiras'"⁴¹.

Em seguida, tem-se o tipo de improbidade administrativa descrito no art. 10, VII, da Lei 8.429/92, consistente em "conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais", que casa perfeitamente com a norma da Lei de Responsabilidade Fiscal que cuida da renúncia de receita (art. 14).

O tipo do art. 10, IX, da Lei 8.429/92 é bastante abrangente, pois estabelece como ato de improbidade administrativa "ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento", podendo incidir acaso haja violação aos arts. 16 e 17 da LC 101/00, que tratam da despesa pública e dos requisitos para geração de novas despesas.

O art. 10, X, da Lei 8.429/92, a seu turno, dispõe que constitui improbidade administrativa "agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público". A primeira parte do dispositivo trata da improbidade quando o agente viola o art. 14 da LC 101/00, ou seja, pratica a renúncia de receita, que ocorre também no caso em que haja omissão em exigir ou cobrar os tributos devidos. Emerson Garcia registra que, "tendo sido regularmente instituído um tributo, será ilícita a conduta do Chefe do Executivo que deixar de adotar as providências necessárias à sua cobrança"⁴². Confira-se, ainda, lição de Carlos Valder do Nascimento:

Exprime a expressão renúncia de receita a desistência do direito sobre determinado tributo, por abandono ou desistência expressa do ente federativo competente para sua instituição. De sorte que importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar⁴³.

A segunda parte do art. 10, X, que cuida da conservação do patrimônio público, pode ser invocada se o agente incorre, v.g., em violação ao art. 44 da LC 101/00, ou seja, se aplica receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para financiamento de despesa corrente.

Por fim, na seara do art. 10 da Lei 8.429/92, tem-se que seu inciso XI estabelece como improbidade administrativa a liberação de "verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes". Aqui, sem dúvida, aparecerá o ato de improbidade em questão se o agente público promoveu transferência irregular de recursos do setor público para o setor privado, ou seja, se desobedeceu ao comando contido no art. 26 da LC 101/00.

Da mesma forma, poder-se-ia cogitar da improbidade em análise se um ente da Federação destinasse recursos em sede de transferência voluntária a outra entidade da Federação que tivesse descumprido, por exemplo, os arts. 51, 54 ou 55 da LC 101/00, situação que atrai a incidência da sanção institucional de vedação de realização de transferências voluntárias.

Férteis, também, as possibilidades de configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei 8.429/92 em razão da violação de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, por exemplo, o seu inciso V, ao prever como ato de improbidade o fato de o agente "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo", importa o enquadramento, como improbidade administrativa, de condutas que violem os comandos insertos nos arts. 51, 54 e 55 da LC 101/00.

Por fim, os incisos I e II do art. 11 da Lei 8.429/92 podem abranger um variado leque de violações às normas que cuidam da gestão fiscal responsável, pois tipificam como ato de improbidade a prática de ato "visando

41 Figueiredo. *Improbidade Administrativa*, p. 89.

42 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 319.

43 Nascimento. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 94.

fim proibido em lei" ou visando fim diverso daquele previsto na regra de competência" ou, ainda, "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício".

No âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, um dos agentes públicos que estará mais em evidência, inclusive para efeito de responsabilização, aqui incluída a responsabilidade por improbidade administrativa, é o ordenador de despesa. Com efeito, como leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF -, o ordenador de despesa foi extremamente valorizado no aspecto responsabilidade: exige a norma, como condição de validade de determinados atos, que não só ordene a despesa, mas que proceda previamente à análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e avalie ainda a compatibilidade do ato com o orçamento (...). A LRF promove o ordenador de despesa de especialista em sistema de pagamentos públicos em verdadeiro analista de finanças públicas⁴⁴.

Assim, se o ordenador de despesa realizar pagamento em desacordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, poder-se-á cogitar de sua responsabilidade também no âmbito da Lei 8.429/92.

Cabe anotar, mais uma vez, que não é qualquer descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que importará em improbidade administrativa, pois a configuração desta exige, segundo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, além de lesão ao patrimônio público, a caracterização de má-fé ou desonestidade do agente, ou, pelo menos, culpa grave, conforme apontado no item 3 supra. Nessa esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ainda a respeito do ordenador de despesas, preconiza que

permanecem válidas, mesmo na Lei de Responsabilidade Fiscal, na apuração de responsabilidade no âmbito administrativo, as alegações de defesa de falha estrutural - quando a irregularidade decorre das condições contratuais do órgão, comprovadamente invencível pela boa intenção do agente - e inexigibilidade de conduta diversa - quando pelas condições da ocorrência do ato não se poderia exigir que o agente tivesse outro comportamento⁴⁵.

E de outra forma não poderia ser, pois só se pode cogitar de responsabilidade subjetiva do agente público, mediante comprovação de dolo ou culpa, pois a responsabilidade objetiva vigora apenas no âmbito da Administração Pública, conforme se extrai do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nessa quadra, cabe menção ao entendimento de Emerson Garcia:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 pressupõe o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade⁴⁶.

3.2 A ação civil pública de improbidade administrativa no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal

Praticado ato que, em violando normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, possa ser enquadrado em algum tipo de improbidade administrativa regulado na Lei 8.429/92, as sanções aplicáveis a tal ato de improbidade, previstas no art. 12 da aludida Lei 8.429/92, só podem ser impostas ou concretizadas no âmbito de procedimento judicial, ou seja, por meio de uma espécie de ação civil pública denominada ação civil pública de improbidade ou ação civil de reparação de dano (art. 18 da Lei 8.429/92)⁴⁷.

Parte ativa legítima para propositura da ação civil pública prevista na Lei 8.429/92, em princípio, nos termos de seu art. 17, seria apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ou seja, aquelas listadas

no art. 1º da Lei 8.429/92. A doutrina controverte, entretanto, a respeito da possibilidade de as associações de um modo geral ajuizarem tal ação.

Grande parte da doutrina, como anota Rogério Pacheco Alves, nega a legitimidade das associações, conferindo interpretação restritiva ao art. 17 da Lei 8.429/92. Esse autor, entretanto, defende a legitimidade das associações, ao argumento de que a ação civil pública de improbidade prevista na Lei 8.429/92 é espécie do gênero ação civil pública, razão pela qual se poderiam aplicar, nessa seara, as disposições da Lei 7.347/85, e, com isso, as associações seriam enquadradas como "pessoa jurídica interessada", nos termos do art. 17 da Lei 8.429/92⁴⁸.

O procedimento da ação civil pública inserida na Lei 8.429/92 é ditado pelas normas processuais contidas em seu âmbito (arts. 14 a 18), aplicando-se, ainda, as normas da Lei 7.347/85, pois, conforme leciona Rogério Alves Pacheco, "é cabível o manejo da ação civil pública no campo da improbidade, incidindo as regras processuais previstas na Lei n. 7.347/85, por ser a tutela do patrimônio público um interesse difuso"⁴⁹. Tem-se, ainda, que aplicável subsidiariamente o CPC, pois a ação civil pública, como sabido, é ação de natureza cível (não penal)⁵⁰.

A ação civil de improbidade regulada na Lei 8.429/92 tem uma peculiaridade procedimental que lhe é própria, importada do processo penal (CPP, arts. 513 a 517; Lei 8.038, arts. 4º a 7º): antes do recebimento da inicial e da citação do réu, ou seja, da completa formação da relação processual, instaura-se uma fase prévia ou preliminar, na qual o réu é notificado para se manifestar sobre a ação, a fim de que possa o juiz deliberar sobre a existência, em tese, do cometimento de improbidade. Só após a manifestação do réu é que o juiz decidirá se recebe a ação e manda citá-lo para se defender ou se rejeita liminarmente a ação (art. 17, §§ 7º a 9º, acrescentados pela MP 2.225-45/01).

A realização dessa fase preliminar, para deliberação sobre o recebimento ou não da ação de improbidade, é denominada pela doutrina processual de condição de procedibilidade e se encarta entre os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, acarretando a ausência de tal fase prévia a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, CPC.

A origem da implantação dessa fase preliminar pela MP 2.225-45/01, com o objetivo de verificar um mínimo de substrato material para processamento de tão grave ação judicial, certamente se encontra no seu uso abusivo por parte do Ministério Público, anunciado, por exemplo, por Adilson Abreu Dallari:

Não é dado à Administração Pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão, por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado. (...) Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade⁵¹.

Outra peculiaridade procedimental da ação civil de improbidade é que há expressa previsão legal (arts. 7º e 16, Lei 8.429/92) para a decretação de indisponibilidade ou sequestro dos bens dos agentes que praticaram o ato de improbidade, quando este causar prejuízo ao erário ou houver enriquecimento ilícito dos próprios agentes ou de terceiros.

Tanto o sequestro como a indisponibilidade são medidas de natureza cautelar, que se prestam a assegurar a eficácia e o resultado útil da ação civil de improbidade (ação principal), no que tange ao efetivo ressarcimento dos danos causados ao erário. E, diante da evidente natureza cautelar da medida, ela só poderá ser deferida quando presente a aparência do bom direito e o perigo da demora, nos termos dos arts. 798 e 801, III e IV, do CPC. Inviável, pois, a concessão dessas drásticas medidas mediante simples alegação do Ministério Público de que o agente poderá, em tese, alienar seu patrimônio no curso da ação.

Nessa linha, confira-se o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

48 Alves. *Improbidade Administrativa*, p. 548.

49 Alves. *Improbidade Administrativa*, p. 529.

50 Cf. Pazzagli Filho, Rosa e Fazzio Júnior. *Improbidade Administrativa*, p. 192.

51 Dallari. *A responsabilidade do agente político*, *Jus Navigandi*, 42, set./99.

44 Fernandes. O ordenador de despesa e a Lei de Responsabilidade Fiscal, *Revista de Informação Legislativa*, nº 151, jul./set. 2001, p. 153/154.

45 Fernandes. O ordenador de despesa e a Lei de Responsabilidade Fiscal, *Revista de Informação Legislativa*, nº 151, jul./set. 2001, p. 167.

46 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 215/216.

47 Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 528, registra que, "por ser a defesa do patrimônio público, objeto da Lei de Improbidade, um interesse difuso, incidirá a técnica de tutela prevista na Lei nº 7.347/85, sendo de menor importância a definição do *nomen iuris* da ação comotambém o próprio procedimento a ser adotado, que, atualmente, é o previsto no art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pelas Medidas Provisórias nº 2.088 e nº 2.225".

Logó, tais providências (sequestro ou indisponibilidade) haverão de ser pleiteadas dentro do sistema do Código de Processo Civil aplicável à tutela cautelar comum, sujeitando-se, como é lógico, aos seus pressupostos genéricos, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (...) o Ministério Público não tem poder para requerer o sequestro baseando-se apenas na existência da ação civil de repressão à improbidade administrativa. Sua pretensão somente será acolhível se e quando demonstrar a efetiva configuração do fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens disputados na referida ação principal⁵².

Na mesma esteira, Cármen Lúcia Antunes Rocha anota que

há que haver provas para que se tenha fundamentado o pedido de indisponibilidade, pois sem isso o que haveria seria ampla possibilidade de haver risco de arbítrio e mesmo o indiscriminado e inaceitável abuso no exercício da competência⁵³.

A respeito de tal sequestro ou indisponibilidade de bens, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que

a Lei n. 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso⁵⁴.

O entendimento restritivo não se justifica nas hipóteses de ressarcimento de danos causados ao erário, pois certo que o devedor responde pelos danos que causar com todos os seus bens presentes e futuros, nos exatos termos dos arts. 591, CPC, e 1.518 do CC. Não há, pois, nenhuma razão jurídica plausível para se subtraírem de tal garantia da reparação dos danos ao erário os bens anteriores do agente, pois estes integram seu patrimônio, para efeito de assegurar o cumprimento de suas obrigações. Se assim ocorre quando se trata de relações entre particulares, com maior força de razão, então, os bens devem garantir o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Em relação à sentença a ser proferida na ação de improbidade administrativa, surge a seguinte questão: as sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, têm que ser aplicadas em bloco, ou o juiz pode aplicar uma ou algumas delas, deixando de aplicar outras?

Marcelo Figueiredo entende que há margem de discricionariedade por parte do juiz para optar entre as sanções suficientes para punir o agente, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

é de se afastar a possibilidade de aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. (...) mostra-se adequado o estudo do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, insito à jurisdição (...). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais 'adequada' em face do caso concreto⁵⁵.

De lembrar, ainda, a respeito da sentença que, acaso pedida, deve o juiz decretar a nulidade do ato administrativo, conforme explicitado no item 3. Se não houver pedido, não pode decretar nulidade do ato, hipótese em que apenas aplicará as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 aos réus. É o que expõe Emerson Garcia: "inexistindo o pedido neste sentido, nada impedirá a aplicação das sanções relativas ao ato de improbidade pelo agente, restando sempre a possibilidade de anulação do ato em demanda diversa"⁵⁶. E assim ocorre porque, em sede de processo civil, o limite da cognição judicial é delimitado pelo pedido do autor (art. 128, CPC), sendo vedado ao juiz proferir sentença diversa da pedida ou deferir parcelas não pedidas (art. 460, CPC).

52 Theodoro Júnior. O sequestro na lei de repressão a ato de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92, RTCMG, v. 22, nº 1, p. 41/42, jan./mar. 1997. Cf. no mesmo sentido: TJSP, AI 66.670-S, Relator. Des. Rubens Elias, JTJ-Lex, 214, p. 179.

53 Rocha. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 110.

54 STJ, REsp 196.932-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 10.05.99.

55 Figueiredo. Improbidade Administrativa, p. 114/115. Cf. ainda Juarez Freitas, Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação, JSTJ e TRF-Lex, 85, p. 9.

56 Garcia. Improbidade Administrativa, p. 335.

Cabe, por fim, uma breve referência ao problema da prescrição da ação civil de reparação de danos (art. 17 da Lei 8.429/92). O art. 37, § 5º, da Constituição Federal parece, de forma indireta, declarar que a ação de ressarcimento de danos ao erário seria imprescritível. Todavia, esse entendimento mostra-se insustentável perante o próprio ordenamento jurídico vigente, pois a Constituição Federal estabelece, como direito e garantia fundamental, a vedação de penas perpétuas - art. 5º, XLVII, b. Ora, no caso, a se entender imprescritível o ressarcimento, estar-se-ia criando a possibilidade, *eterna*, de se demandar, v.g., um tataraneto de um administrador improbo... Criada estaria, assim, em antinomia com a própria Constituição, uma pena perpétua.

E essas antinomias ou conflitos aparentes de normas constitucionais são resolvidos mediante aplicação do princípio da concordância ou harmonização, consoante leciona Alexandre de Moraes:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua⁵⁷.

Confira-se, ainda, a respeito, lição de J. J. Gomes Canotilho:

Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante seu 'peso' e as circunstâncias do caso⁵⁸.

No caso, certo que deve prevalecer o princípio contido no art. 5º, XLVII, b, CF, vez que situado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, sabidamente uma das cláusulas pétreas da Constituição, conforme se extrai do art. 60, § 4º, IV, CF.

Tanto é certa a prevalência do direito fundamental de vedação de penas perpétuas sobre a norma do art. 37, § 5º, CF, que o art. 23, I, da Lei 8.429/92, prevê a prescrição quinquenal para a aplicação de suas sanções - entre as quais se situa, obviamente, o perdimento de bens ou imposição de indenizar o erário.

A respeito do tema, confira-se precedente do eg. Tribunal de Justiça, em acolhendo a prescrição quinquenal das ações de improbidade:

Direito público. Município. Ex-Prefeito. Ministério Público. Ação civil pública. Ressarcimento aos cofres públicos. (...) Prescrição. - É de cinco anos o prazo de prescrição para exigir-se do administrador o ressarcimento de prejuízo causado a órgão público, não sendo correta a interpretação do art. 37, § 5º, CF, no sentido da imprescritibilidade⁵⁹.

4 Conclusões

Misabel Abreu Machado Derzi esclarece que

a Lei Complementar n. 101/00 não tem como objetivo precípuo o combate à corrupção, à desonestidade ou ao desvio, como foi tão insistentemente divulgado pela imprensa. Pode ser mesmo que ela dificulte, como norma preocupada com a transparência e a publicidade dos atos financeiros e orçamentários dos entes públicos, a malversação e a improbidade. Mas tal efeito será secundário, porque não é esse o fim fundamental que preside a sua elaboração. A Lei de Responsabilidade Fiscal almeja, muito mais, ser um complexo de normas ótimas de gestão e administração, para reduzir as aplicações em gastos com pessoal, assegurar o aumento da receita, limitar o endividamento (...) ⁶⁰.

57 Moraes. Direito Constitucional, p. 59.

58 Canotilho. Direito Constitucional, p. 190.

59 TJMG, AC 160.191-3, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

60 Derzi. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 249.

Entretanto, não obstante a miríade de críticas que se podem dirigir à LC 101/00, é certo que as regras de gestão fiscal responsável nela estabelecidas constituem o início de um longo caminho na redução da corrupção e da gestão irresponsável de recursos públicos.

E, para que tal desiderato seja atingido, mister se emprestar efetividade às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, e essa efetividade, que implicará severa mudança na mentalidade dos administradores públicos, ou, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "passagem do patrimonialismo demagógico para o gerenciamento democrático"⁶¹, se traduz na firme aplicação das sanções previstas, para o caso de violação de suas normas.

Entretanto, deve ser consignado, com Kiyoshi Harada, que a

correta utilização de recursos financeiros depende, fundamentalmente, da honestidade do administrador e de seus agentes públicos. Não há lei que possa transformar o desonesto em honesto, o improbo em probo; pode, quando muito, intimidá-lo com ameaças representadas por sanções penais. Como não há lei perfeita, a possibilidade, bem como a probabilidade de os atos de improbidade nas três esferas de Poder e no âmbito das três entidades políticas, continuará em aberto, ainda que em proporção menor⁶².

Nesse contexto, para, pelo menos, reduzir a má gestão ou a gestão irresponsável das verbas públicas ao mínimo, é que, como já apontado, avulta a importância do Ministério Público e do Judiciário, pois um dos grandes mecanismos para tornar eficaz a LC 101/00 é a configuração de improbidade administrativa no caso de infringência de suas regras, situação que atrai as pesadas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. Noutros termos, uma das chaves para a efetividade dos controles de gestão fiscal implantados na LC 101/00 é a ação civil pública de improbidade, porque por meio dela se pode conseguir responsabilizar os maus gestores dos dinheiros públicos.

Certo que a LC 101/00 não vai transformar o gestor desonesto em honesto. Mas a efetiva aplicação das sanções no caso de gestão irresponsável de recursos públicos com certeza desestimulará a prática de novos atos de má gestão.

Perfeita, nessa quadra, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Se essa Lei logrará ou não mudar os velhos hábitos e se será ou não cumprida, serão desafios à maturidade político-administrativa do País, pois a maturidade não consiste em fazer boas leis, mas em respeitá-las"⁶³. E esse respeito às leis só se consegue, infelizmente, com a ameaça real da aplicação das sanções jurídicas, traduzidas, nas expressivas palavras de Miguel Reale, no "próprio direito enquanto se arma da força para garantir seu cumprimento"⁶⁴.

Não se pode descuidar, entretanto, do uso responsável dos instrumentos previstos na Lei 8.429/92, pois não é qualquer descumprimento ou irregularidade formal que pode importar na prática de ato de improbidade administrativa. Mister, pelo menos, a comprovação de atuação desonesta ou mediante culpa grave, sob pena de qualquer violação à lei ser tida como ato de improbidade administrativa, o que não é juridicamente aceitável.

5 Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. *Jus Navigandi*, nº 42, set./99. Disponibilidade e acesso: <www.jus.com.br> Acesso em: 15 ago. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

61 Moreira Neto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos, p. 93.

62 Harada. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, *Jus Navigandi*, 49, jan. 01.

63 Moreira Neto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos, p. 93.

64 Reale. *Lições Preliminares de Direito*, p. 72.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O ordenador de despesas e a lei de responsabilidade fiscal. *Revista de Informação Legislativa*, nº 151-170, p. 153, jul./set. 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa. *Interesse Público*, nº 12, p. 108-121, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 28, p. 38-44, jul./set. 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular - aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HARADA, Kiyoshi. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. *Jus Navigandi*, nº 49, jan./01. Disponibilidade e acesso: <www.jus.com.br> Acesso em: 15 ago. 2002.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, nº 221, p. 71-93, jul./set. 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PELICOLI, Angela Cristina. A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal. *Revista de Informação Legislativa*, nº 146, p. 109-117, abr./jun. 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 37, nº 4, p. 101-125, out./dez. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O sequestro na lei de repressão a ato de improbidade administrativa - Lei n. 8.429/92. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 22, nº 1, p. 41/42, jan./mar. 1997.

Da prescrição e da decadência - seus prazos no Código Civil/02

Dr. Segismundo Gontijo*

De início, torna-se oportuna a colação desta recente decisão do STJ: "A prescrição patrimonial depende de provocação da parte interessada, sendo vedado ao julgador conhecê-la de ofício, nos termos dos artigos 166 do anterior Código Civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente ao Processo de Execução, a teor do artigo 598, CPC. O novo Código Civil alterou a regra, ao dispor, no artigo 194, que "o Juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz" (REsp 434.992 - DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, in *Coad/Adv. Jurisprudência*, Informativo Semanal 33/2003, p. 523). (Há um voto vencido, do Min. Ruy Rosado de Aguiar: "Sr. Presidente, quando o direito do credor está prescrito e não se encontra o devedor, apesar das diligências e providências do Juízo, penso eu que se deve reconhecer a extinção do Processo, o que deve ser feito por uma questão prática. O cartório não tem como lidar com processos inúteis, que são almas penadas, a atrapalhar durante anos. Constan de estatísticas, devem ser, de tempos em tempos, revisados, exigem espaço nos depósitos, etc., e não têm qualquer serventia. Por isso, tal solução seria recomendável. Daí por que estou pedindo vênha para, nesses termos, votar.")

E, aprende-se na obra de RENAN LOTUFO, in *Código Civil comentado* - Parte Geral - arts. 1º a 232, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 518 e segs., que, segundo Antônio Luiz da Câmara Leal, a palavra "prescrição" procede do vocábulo latino *praescriptio*, com significado de escrever antes ou no começo. E, mais:

Em nome da estabilidade e da segurança das relações sociais é que o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente, devendo ser exercido por seu titular em certo lapso temporal.

LUIS DIEZ PICAZO, em *La prescripción en el Código Civil*, p. 56 e 57, procura analisar a prescrição sob dois aspectos, o estrutural e o funcional. Propõe a seguinte conclusão:

a) Desde el punto de vista estructural la prescripción es un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo tiene que ser ejercitado dentro de un periodo de tiempo razonable, porque es antisocial y contrario al fin o función para que ha sido concedido el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

b) Desde el punto de vista funcional es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo. La idea de que la prescripción constituye una facultad del sujeto pasivo me parece importante en cuanto que permite construir en nuestro Derecho una figura de gran transcendencia que ha elaborado la técnica alemana, como es el abuso de la prescripción.

Verifica-se que houve a preocupação de conceituar em razão do direito positivo espanhol, da mesma forma que a definição de prescrição de Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado* (t. 6): "uma exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo período fixado legalmente, sua pretensão ou ação". Quando de tal formulação, o Código, o de 1916, não dava um conceito de prescrição, começando as disposições a ela relativas pela renúncia (art. 161).

Portanto, de um período de pura conceituação doutrinária, passamos a ter no direito positivo elementos de identificação.

No Direito Romano havia três fundamentos para a prescrição, segundo Câmara Leal: "a) o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando controvérsias; b) o do castigo à negligência; e c) o do interesse público". Mas, ressalta o autor, ainda que a prescrição ofereça diversas utilidades, não se deve confundir-las

(*) Advogado familiarista e militante em Belo Horizonte.

com seu fundamento, que é um só: o interesse jurídico-social, mesmo se reconhecendo que tenha certa penalidade indireta à negligência, portanto à violação do dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorra para a procrastinação de um estado antijurídico.

Cabe observar, sem que mereça aqui um aprofundamento, que, em razão de a origem da prescrição, no Direito Romano, ficar próxima e ligada à da usucapião, é frequente a referência à prescrição aquisitiva, com relação a este, o que mereceu de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 6) severa crítica, por entender que a prescrição é sempre extintiva.

Para que se configure a prescrição, a Professora Maria Helena Diniz apontava quatro requisitos, referindo-se ao Código de 1916: o primeiro seria a existência de uma ação exercitável em virtude da violação de um direito; o segundo, a inércia do titular em não exercê-la; a continuação desta inércia por certo período seria o terceiro requisito, e, por fim, a ausência de algum ato ou fato ao qual a lei tenha conferido eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Partindo-se do conceito posto pelo presente artigo, verifica-se que é necessário rever e retificar tal colocação. Porque, e de maneira correta segundo a maior parte da doutrina, não há referência a ação, no artigo, mas a pretensão, e é esta que se extingue pelo decurso do tempo. Além disso, a menção a algum ato ou fato impeditivo, ou suspensivo, do curso do prazo não entra no conceito, mesmo porque implicarão não-tipificação, ou mera forma alternativa de contagem do prazo.

A pretensão, segundo LARENZ (*Derecho civil*, parte general), disposta no § 194 da BGB, como sendo "o direito de exigir de outrem um fazer ou omitir. Direito que está sujeito a prescrição".

Ainda que sem usar o termo "pretensão", C. RUPERTO (*Prescrizione e decadenza*, p. 9) assevera: "A noi sembra che esattamente il Pugliese..., affronti il problema distinguendo i due piani su cui opera il giurista: quello della teoria generale e quello dell'interpretazione del diritto positivo. Come osserva l'autorevole scrittore, 'no v'è dubbio, sul piano della teoria generale, che non uso e prescrizione, pur avendo un fondamento comune, sono istituti differenti, poichè in essi non si può non riflettere la differenza tra diritti reali e obbligazioni': ed inverso '... il non uso prescinde dal comportamento del soggetto passivo (anzi dei soggetti passivi, poichè il diritto reale sussiste di fronte a tutti); la prescrizione invece suppone l'inadempimento del soggetto passivo, che è sempre precisamente individuato. Il non uso consiste nel mancato esercizio della facoltà relativa alla cosa, la prescrizione deriva dal mancato esercizio degli atti, con cui si intima al debitore di adempiere o se ne chiede la condanna in giudizio".

Essa colocação é um tanto restritiva do conceito de pretensão, que resultou no texto do artigo em exame, posto que o conceito de prescrição no nosso direito atua, também, no âmbito dos direitos reais, tanto quanto no âmbito do direito alemão, como refere LARENZ, à p. 314 da obra supracitada,

J. N. VARGAS VALÉRIO (*A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*, p. 30 e 31), reportando-se a conceituações do Professor Reale, em obra inédita referida por Nazo, assim esclarece, com relação ao presente artigo:

Miguel Reale entende que o conceito de pretensão dado por Windscheid deve ser esvaziado, para "apresentá-lo como categoria funcional ou operacional, isto é, não como categoria jurídica autônoma, mas como um liame de realizabilidade entre direito subjetivo e ação".

... Na realidade o que Reale diz é que o direito é um todo e deve ser analisado principalmente à luz de sua 'realizabilidade', daí a definição:

'Pretensão é o vínculo deontológico de implicação necessária entre um direito subjetivo, ainda que suposto, e a ação adequada à realização garantida do interesse invocado'.

Daí a conclusão de VARGAS VALÉRIO sobre o art. 189: "... só poderá ocorrer a prescrição da pretensão, permitindo inferir que ainda que extinta esta (no sentido de exigibilidade ou ação judicial) o direito permanece, justificando destarte a regra do art. 970 do Código Civil, a qual, acatando a melhor doutrina, diz que aquele que pagou dívida prescrita não tem direito a repetição. Direito de ação e pretensão no sentido dinâmico, pelos idealizadores do Projeto, são pois termos unívocos".

Não parece ser assim para LARENZ, que diz: "La prescripción no es una causa de extinción, sino que sólo fundamenta para el obligado una excepción" (p. 328 da obra citada).

Também DIEZ PICAZO diverge da conclusão tirada acima: "... 'Anspruch' es - se dice - un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La 'Anspruch' - que pertenece al mundo del derecho substantivo - se distingue perfectamente de la 'actio', entendida como 'ius persequendi in iudicio', que se correspondería en la terminología alemana con la 'Klage' o, acaso mejor, con el 'Klagerecht'. Pero la 'Anspruch' se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona..." (*La prescripción en el Código Civil*, p. 35).

Foi bem por isso que se manteve na tramitação do projeto a pretensão, em lugar da ação, como se vê de MOREIRA ALVES (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, p. 150 e 151), que, após observar, com base em Pugliese, que o conceito de pretensão não é bem definido pela doutrina, em geral, mas que o correto, o que foi concebido como Anspruch, por Windscheid, foi aquele de SAVIGNY, em *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Scialoja, v. 5, p. 5), transcreve:

Il rapporto qui descritto nascente della lesione del diritto si chiama diritto ad agire od anche azione, quando si riferisca questa espressione alla semplice facoltà dell'offeso, la quale si manifesta in forma determinata, nel qual caso essa significa il fatto stesso dell'agire e quindi (ne presupposto del processo scritto) è sinonima di citazione o libello introduttivo. Qui può parlarsi soltanto dell'azione in quel primo (sostanziale) significato della parola, cioè del diritto d'agire: l'azione nel secondo significato (formale), ossia l'atto, mercé cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura.

Moreira Alves diz que esse foi o conceito adotado no Código.

Bem por isso, observamos que o Código de Processo Civil, em seu art. 269, IV, é claro ao dispor que, ocorrido o pronunciamento do juiz acerca da prescrição ou da decadência, extinto estará o processo com julgamento do mérito. A prescrição foi instituída como matéria relativa ao *meritum causae*.

A confirmação dessa nossa assertiva tem-se na concepção de Windscheid, citada ainda uma vez por Pugliese e transcrita por MOREIRA ALVES, quanto à pretensão: "un diritto primario (in special modo di un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sia da codesto diritto (il quale ne sarebbe il fondamento), sia dall'atto (la quale sarebbe condizionata alla mancata soddisfazione dell'Anspruch)".

Conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in *Comentários ao novo Código Civil*. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III - arts. 185 a 232, vol. III, tomo II, Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 305 e segs., o prazo da prescrição ordinária de dez anos aplica-se indistintamente a todas as pretensões para as quais não se tenha previsto prazo menor. Pouco importa verse o litígio sobre direito pessoal ou real. O prazo extintivo máximo é único.

Ainda é o ilustre mestre quem lembra que, pela jurisprudência, sujeitam-se ao maior prazo da prescrição, hoje 10 anos: a ação de adjudicação compulsória; ação de cobrança do empréstimo, após a prescrição do cheque; ação de ressarcimento decorrente da venda a *non domino*; ação de cobrança de despesas condominiais extraordinárias; ação de indenização por inadimplemento do contrato; ação de adimplemento ruim; ação de sonegação de juros e correção monetária de caderneta de poupança; ação sobre falta de documentação de importação; ação de retrocessão; ação de desapropriação indireta; ação de reparação de danos por prejuízos de defeitos graves de mudas para plantio; ação de anulação de partilha por exclusão de herdeiro; ação de sonegados; ação de estranho prejudicado pelo inventário e partilha; ação de proteção ao nome comercial e à marca; ação de indenização pelo uso indevido de marca; ação de petição de herança; ação de prestação de contas; ação de nulidade de partilha ofensiva de fideicomisso; ação de resolução de doação; ação de revogação de doação; ação de proteção à própria imagem; ação cominatória de desocupação de passeio público; ação de evicção; ação de retrocessão; ação de nulidade absoluta de partilha de separação consensual ou de divórcio, etc.

A seguir, passaremos ao exame pontual da previsão legal no Código Civil:

LIVRO III - DOS FATOS JURIDICOS
TÍTULO IV - DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

CAPÍTULO I
DA PRESCRIÇÃO

SEÇÃO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Em princípio, aplica-se a prescrição nas pretensões condenatórias.

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Voltamos, a seguir, a nos valer dos comentários de RENAN LOTUFO, ob. cit., "Este artigo introduz nova regra geral, que não discrimina tipo de direito, se pessoal, ou real, impondo a todas as situações subjetivas, não especificadas com prazos outros no art. 206. Inova, ainda, ao fixar prazo bem inferior ao constante do art. 177 do Código de 1916.

Destaque-se que é o prazo máximo, dez anos. A redução atende à filosofia que inspirou a reformulação do direito privado, a necessidade de atuação permanente dos sujeitos de direito na preservação de seus direitos e pretensões, como condição de manutenção dos mesmos, afastando-se cada vez mais dos sistemas antigos vinculados às situações de *status*, de imobilismo.

Diante desse novo quadro, pode-se dizer que, quando a hipótese não estiver entre as especificadas no art. 206, e desde que suscetível de prescrever, estará na regra geral do art. 205".

O artigo 206 versa sobre os prazos prescricionais especiais, que variam de um a cinco anos e que, na absoluta maioria, sofreram significativa redução se comparados aos do art. 178 do Código Civil de 1916.

No referido dispositivo não havia qualquer diferenciação entre prazos relativos à pretensão do titular e prazos relativos ao direito em si, ou seja, tratava indiscriminadamente prazos prescricionais e prazos decadenciais.

Câmara Leal, diante da dificuldade da doutrina e da jurisprudência em reconhecer quais prazos versavam sobre prescrição e quais sobre decadência, no elenco do art. 178 do Código de 1916, relacionou vinte e cinco hipóteses de prazos decadenciais presentes nele.

Como já dito na introdução do Título "Da prescrição e da decadência", os prazos decadenciais estarão previstos na Parte Especial, junto a cada direito disciplinado, o que foi uma opção correta e aplaudida pela doutrina.

Já as situações tratadas no presente dispositivo pertinem exclusivamente à prescrição, ou seja, à perda da pretensão. Essa distinção de ordem técnica, proposta pela comissão elaboradora do projeto, acabou sofrendo exceções, por emendas, como a inserida após toda a tramitação e totalmente sem técnica, como a do art. 1.601, *caput*.

A diferença dos prazos decorre da valoração feita pelo legislador, bem como da pressuposição de condições pessoais dos titulares das pretensões. Não há que se discutir se longos, ou curtos. São os prazos fixados pela lei, única fonte deles no sistema.

Art. 206: Prescreve:

§ 1º. Em 1 (um) ano

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurado;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º. Em 2 (dois) anos

a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º. Em 3 (três) anos

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

X - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º. Em 4 (quatro) anos

a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º. Em 5 (cinco) anos

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Direito de ação a qualquer tempo

Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato.

Prazos de atos que não se deve praticar

Art. 1.523. Não devem casar:

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal.

Não corre a prescrição

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Interrompem a prescrição

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

CAPÍTULO II

DA DECADÊNCIA

Em princípio, aplica-se a decadência nas pretensões constitutivas.

Neste Capítulo específico ela está assim elencada:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

A decadência não é instituto antigo, como o é a prescrição.

J. DIAS MARQUES, em *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*, assim se referia à caducidade, sinônimo de decadência, instituto não constante com autonomia no sistema luso da época:

Instituição afim da prescrição extintiva é a caducidade. Acerca do critério de distinção entre estas duas figuras não são unânimes os autores nem são expressas as legislações. Só recentemente o Código Civil Italiano autonomizou explicitamente a caducidade, construindo para ela uma regulamentação própria e distinta da prescrição (arts. 2.964 e seguintes do Código Civil Italiano).

A este respeito, o legislador do Código Civil Brasileiro, em desacordo com o projecto de Clóvis, adoptou a defeituosa técnica de incluir alguns prazos extintivos dos direitos, isto é, prazos de caducidade, no Título III, que regula a matéria da prescrição. Isto não obsta porém a que, ainda assim, tenha de fazer-se também a distinção entre a prescrição e a caducidade, distinção com operosos efeitos práticos, tais como os que consistem na exclusão das regras da suspensão e da interrupção quanto aos prazos que sejam qualificados de caducidade (p. 20).

Como se vê da BGB, como de KARL LARENZ (*Derecho civil; parte general*), não há disposições legislativas referindo-se à decadência, com tratamento doutrinário autônomo.

Não se vê do novo Código qualquer preocupação em definir, ou conceituar, a decadência. A orientação foi, ao distinguir a prescrição como geneticamente ligada à lesão de um direito, fazer nascer uma pretensão (art. 189), deixando caracterizada a decadência pelo regime jurídico diverso (arts. 207 a 211).

A dificuldade conceitual vem bem descrita por EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, em *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 146-8, onde cita e transcreve conceitos de Roberto de Ruggiero, Pontes de Miranda, Câmara Leal, Clóvis Beviláqua, Trabucchi, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Serpa Lopes, sem aderir a nenhum.

Nem haveria possibilidade de fazê-lo, porque os autores se referiam a um direito positivo diverso do que agora temos, e, como já se disse, os conceitos de prescrição e decadência têm de estar referidos ao direito positivo.

Agora, a decadência é expressamente prevista e seus prazos estarão diretamente ligados aos direitos a que se refira, nos Livros da Parte Especial do Código, só figurando na Parte Geral, ora em exame, as regras gerais sobre o instituto.

A regra do art. 207 evidencia que o prazo decadencial é uno, ou seja, não sofre impedimento de início de cômputo, não se suspende, para prosseguir depois, nem se interrompe para começar de novo, salvo se ocorrer edição de lei especial e com disposição específica.

É, pois, uma nota característica diversa da prescrição.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I. (Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente. Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.)

Este artigo já abre uma exceção com relação ao antecedente, pois aqui não se admite cômputo de prazo contra os incapazes (art. 198, I), bem como se abre aos relativamente incapazes a possibilidade de responsabilização dos assistentes e representantes que derem causa à decadência, ou deixarem de alegá-la como exceção, na defesa dos interesses deles, relativamente incapazes.

As razões para tal previsão são as mesmas já expostas por ocasião dos comentários aos arts. 195 e 198, I.

A coincidência entre a prescrição e a decadência quanto ao não-curso de prazo, em face dos absolutamente incapazes, assim considerados pelo art. 3º desta Lei Civil, não podia deixar de ser posta, pois a decadência traz seqüências mais graves do que a prescrição.

Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

SÃO OS SEQUINTE OS PRAZOS DECADENCIAIS ESPARSOS NO CORPO DO CÓDIGO CIVIL:

OCORRE A DECADÊNCIA A QUALQUER TEMPO:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento *caducar*, ou for julgado nulo.

Art. 1.939. *Caducará* o legado:

I - se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía;

II - se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, *caducará* até onde ela deixou de pertencer ao testador;

III - se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento;

IV - se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815;

V - se o legatário falecer antes do testador.

Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso *caduca*, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.958. *Caduca* o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.

Art. 1.971. A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a *caducar* por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos.

Em três dias

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção *caducará*, se a coisa for móvel, não se exercendo nos *três dias*, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

Em 10 dias

Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos.

Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em *dez dias* a contar da entrega.

Art. 1.738. A escusa apresentar-se-á nos *dez dias* subsequentes à designação, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os *dez dias* contar-se-ão do em que ele sobrevier.

Em 20 dias

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, *vinte dias* após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de *trinta dias*, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

Em 30 dias

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de *trinta dias* se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

(...)

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o *adquirente* deve denunciar o defeito ao alienante nos *trinta dias* seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 2º A resolução só será eficaz *trinta dias* após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

Art. 808. É nula a constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos *trinta dias* seguintes, vier a falecer de moléstia que já sofria, quando foi celebrado o contrato.

Art. 998. Nos *trinta dias* subsequentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até *trinta dias* após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

(...)

Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembléia.

Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de *trinta dias*, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em *trinta dias* a partir de sua notificação.

Art. 1.481. Dentro em *trinta dias*, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipoteca do direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu.

(...)

Art. 1.495. Quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de a prenotar, até *trinta dias*, aguardando que o interessado inscreva a precedente; esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência.

Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

§ 1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução.

§ 2º No caso previsto no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de *trinta dias*, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada.

Em 60 dias

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos *três dias*, e, se for imóvel, não se exercendo nos *sessenta dias* subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

Em 90 dias

Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de *noventa dias*, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de *noventa dias*, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

Art. 1.122. Até *noventa dias* após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de *noventa dias*, a contar da data em que foi extraído o certificado.

Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

(...)

§ 3º A eficácia do mandato não ultrapassará *noventa dias*.

(...)

Art. 1.891. Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos *noventa dias* subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Art. 1.895. Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, *noventa dias* seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.

Em 120 dias

Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de *cento e vinte dias*, a contar daquele ato, sob pena de decadência. (Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial. Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento.)

Em 180 dias

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de *cento e oitenta dias*, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de *cento e oitenta dias*, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

(...)

Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de *cento e oitenta dias*, sob pena de decadência.

(...)

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos *cento e oitenta dias* seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em *cento e oitenta dias*, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários.

(...)

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550. (Art. 1.550. É anulável o casamento: IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.)

Art. 1.795. O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até *cento e oitenta dias* após a transmissão.

(...)

Em um ano

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de *um ano* se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

(...)

Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de *um ano*, a contar do registro do título. (Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio. § 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso. § 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*.)

(...)

Art. 1.124. Na falta de prazo estipulado em lei ou em ato do poder público, será considerada caduca a autorização se a sociedade não entrar em funcionamento nos *doze meses* seguintes à respectiva publicação.

Em 2 anos

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de *dois anos*, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até *dois anos* depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 554. A doação a entidade futura caducará se, em *dois anos*, esta não estiver constituída regularmente.

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

II - *dois anos*, se incompetente a autoridade celebrante;

(...)

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tomará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até *dois anos* depois de terminada a sociedade conjugal.

(...)

Em 3 anos

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em *três anos* o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

Parágrafo único. Decai em *três anos* o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de *três anos*, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

III - *três anos*, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;

(...)

Em 4 anos

Art. 178. É de *quatro anos* o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

IV - *quatro anos*, se houver coação.

(...)

Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.

Parágrafo único. Extingue-se em *quatro anos* o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

Em 5 anos

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de *cinco anos*, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

(...)

Em 10 anos (de acordo com a jurisprudência)

ação de adjudicação compulsória;

ação de cobrança do empréstimo, após a prescrição do cheque;

ação de ressarcimento decorrente da venda a *non domino*;

ação de cobrança de despesas condominiais extraordinárias;

ação de indenização por inadimplemento do contrato;

ação de adimplemento ruim;

ação de sonegação de juros e correção monetária de caderneta de poupança;

ação sobre falta de documentação de importação;

ação de retrocessão;

ação de desapropriação indireta;

ação de reparação de danos por prejuízos de defeitos graves de mudas para plantio;

ação de anulação de partilha por exclusão de herdeiro;

ação de sonogados;

ação de estranho prejudicado pelo inventário e partilha;

ação de proteção ao nome comercial e à marca;

ação de indenização pelo uso indevido de marca;

ação de petição de herança;

ação de prestação de contas;

ação de nulidade de partilha ofensiva de fideicomisso;

ação de resolução de doação;

ação de revogação de doação;

ação de proteção à própria imagem;

ação cominatória de desocupação de passeio público;

ação de evicção;

ação de retrocessão;

ação de nulidade absoluta de partilha de separação consensual ou de divórcio, etc.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Discurso do Excelentíssimo Senhor Segundo Vice-Presidente do TJMG em homenagem a Desembargadores e Juizes*, por ocasião de suas aposentadorias

Des. Bady Raimundo Curi

Prezados amigos.

É com bastante emoção, sentimento que hoje se me apresenta até com uma ponta de contradição, que procuro dar cumprimento ao honroso emprazamento que me foi conferido pelo ilustre Presidente desta Casa.

Acontece que agora, neste final de dia, cumpre-me traduzir as merecidas homenagens prestadas por esta Corte àqueles magistrados que, após anos de profícuas labutas no Poder Judiciário de Minas Gerais, gozam o merecido descanso da aposentadoria.

Entretanto, hoje pela manhã, às oito horas, tive ensejo de começar o estudo da Deontologia Forense com os ilustres juizes recém-concursados que, na semana passada, iniciaram o Curso de Formação de Magistrados na Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, da qual exerço a superintendência.

A alvorada e o crepúsculo, na natureza e na atividade profissional, são dois momentos que sensibilizam o âmagio da natureza humana pelo conteúdo de luminosidade que traduzem.

No arroubo da luminosidade do alvorecer, resulta instigado o ânimo ao combate, o bom combate, enfatize-se; a coragem para o enfrentamento e superação dos desafios que a vida sem dúvida trará e o estímulo para o ajuntamento do material necessário à edificação dos monumentos da própria biografia.

Na tranquilidade da luz crepuscular arrefece o ânimo do combate, fortalece a disposição para a pacificação resultante da conformidade com o imponderável do destino. Esmaece o ânimo para dar início a novas edificações diante da necessidade de manutenção do edificado. Desaparece o contentamento com o desafio, exsurge a alegria pela sedimentação do harmonizado.

O arroubo é substituído pela experiência.

A jovialidade e a maturidade são dois momentos na vida, cada uma com a luminosidade que a caracteriza, toda ela colocada para clarear os caminhos do desenvolvimento humano.

Se hoje, na parte da manhã, busquei abrir para os novos Colegas os horizontes da gratificação pessoal pelo exercício da grave missão de pacificar conflitos humanos, agora, nesta solenidade, busco enfatizar para Colegas recém-aposentados toda a dimensão do agradecimento daqueles que testemunharam o empenho e a dedicação com que exerceram a atividade judicante e ainda, alguns deles, a administração no Judiciário mineiro.

Aqui estamos, em tarde engalanada, o Tribunal em sua composição plena, os amigos, parentes e admiradores na homenagem que é o reconhecimento da luta que empreenderam para a realização da justiça, para o exercício da única função estatal verdadeiramente garantidora da manutenção do Estado democrático.

(*) Desembargadores Aloysio Pereira Nogueira, Murilo José Pereira, Jurema Brasil Marins Miranda, Guido de Andrade, Lúcio Urbano, Sérgio Lellis Santiago, Rosauro Vieira Júnior, Odilon Ferreira da Silva, Geraldo de Abreu Leite e José Carlos Abud; Juizes Geraldo Vicente Ferreira Dornas, Wellington Antônio Ferreira, Ildeu Araújo de Oliveira, Waldemar de Menezes Filho e Paulo Antônio Begalli.

Embora um tanto constrangido, não posso deixar de consignar que esta manifestação de solidariedade, apreço e agradecimento aqui realizada se faz num momento em que o Poder Judiciário vem sendo injustamente agredido e achincalhado pelos outros Poderes e, lamentavelmente, até por parte da imprensa, comprometida com interesses escusos de membros dos outros Poderes.

Mas, no aspecto, não farei afirmações pessoais. Prefiro trazer a insuspeita opinião de um jornalista sério e culto, que ninguém pode acusar de defender interesses pessoais que não o exercício da cidadania independente e construtiva. Refiro-me ao Presidente do Conselho Consultivo do Condomínio dos Associados, Hindemburgo Pereira Diniz. São palavras dele, escritas no *Estado de Minas* de 30 de julho de 2003, que transcrevo:

... volto a tratar da campanha pouco inteligente, perniciosa mesmo para os interesses da população brasileira, que se faz contra a Magistratura, cujos membros compõem o único Poder da República a que qualquer cidadão tem acesso para a defesa dos seus direitos, independentemente de apoio político. O movimento é antigo. A princípio ouviam-se apenas resmungos nos espaços dos outros Poderes, principalmente do Executivo, tudo indica resultante de influências políticas perdidas. Com o tempo, conclusões diversas, procedentes ou não, normais no meio dos homens, mas muito distantes de desabonarem os efeitos positivos da autonomia financeira e administrativa do Judiciário, essenciais à existência de um Estado de direito democrático, passaram a ser manipuladas por aqueles interesses menores, difundidos com distorções incorretas por meio da imprensa, comprometida ou temerária. E a sociedade começou a perder percepção de que para preservar seus direitos precisa muito mais de um Judiciário forte e independente - com todos os vícios, certa ou indevidamente lhe atribuídos - do que das soluções defendidas pelos agentes das forças políticas. Estas, sim, quando encasteladas nas fortalezas do poder, sempre perigosos adversários dos anseios de autogoverno pela sociedade.

E afirmou, mais, o erudito e correto articulista:

A liberdade de imprensa é indispensável a um povo livre e a ele pertence. Jamais aos donos de jornais, repórteres e comentaristas, vários dos quais procuram utilizá-la incorretamente em benefício próprio. Por isso, cabe aos cidadãos que se informam pela mídia em geral processar as notícias utilizando, no mínimo, a ferramenta do raciocínio, nunca deixando seu pensamento ser possuído por informações da incorreção travestida de seriedade.

Em artigo anterior, já afirmara o honrado Hindemburgo Pereira Diniz:

Também não compreendo o motivo que inibe a opinião pública de observar que o Poder Judiciário, bem ou mal, é o único dos três Poderes da República de que o cidadão comum pode valer-se para garantir seus direitos. E sem precisar de prestígio político. Só um povo alienado - e há quem me destrate quando afirmo que o brasileiro, em média, não tem senso jurídico - deixa-se enganar pelas pregações ilusórias que se fazem neste instante contra a Magistratura, com apoio da imprensa comprometida, em parte também alienada. (In *Estado de Minas* de 27.07.03).

Agora, acrescento eu, é lamentável que os contraditórios governantes que assumiram a direção do País na última eleição (contraditórios porque agem na contramão de tudo que pregavam antes da eleição) não se conscientizem de que com a minimização do Judiciário fica enfraquecida a própria nacionalidade, que não mais poderá compor, com soberania, dentro dos limites territoriais do País, os conflitos de interesses entre o fraco e o poderoso, entre o rico e o pobre, entre o coronelão político e o desemparrado, entre o nacional e a multinacional, pois somente o Judiciário, enquanto Poder Jurisdicional Soberano, é a tábua de salvação do oprimido, do ofendido, do espoliado, das vítimas da exagerada ganância do rico sem escrúpulo, das oligarquias políticas sem consciência e que do povo somente querem a vassalagem humilhante decorrente da miséria, das autoridades arbitrárias e violentas e dos administradores fisiológicos do patrimônio do povo.

Já tive oportunidade de afirmar que estão enganados aqueles que vêem nos magistrados homens afeitos apenas à árida meditação dos alfarfábios e dos códigos; que a reclusão exigida pela atividade profissional lhes petrifica o coração. Não, as lições advindas do estudo e da meditação aguçam a sensibilidade, transcendem da matéria e elevam para Deus, fortalecendo a fé e o compromisso com a harmonização da vida em sociedade, decorrente da diminuição das diferenças sociais e do progresso material e espiritual de todos.

E é coerente com este raciocínio e sentimento que aqui estamos para homenagear homens como o Desembargador Aloysio Pereira Nogueira, que exerceu a advocacia de 1957 a 1968, quando ingressou na Magistratura, tendo, inclusive, pela relevância dos serviços que prestou, recebido o título de cidadão honorário nas comarcas em que serviu: Conceição do Rio Verde, Itajubá e Varginha, nesta o de Professor *Honoris Causa* da Faculdade de Direito. Foi juiz também no Fórum de Belo Horizonte e no Tribunal de Alçada, antes de ingressar neste Tribunal de Justiça, o que se deu em 1996.

O Desembargador Murilo José Pereira, que ingressou na Magistratura em 1964, exerceu a sua função nas comarcas de Tarumirim, Paraopeba, Bonfim, São João Nepomuceno, Pouso Alegre e Belo Horizonte. Foi Juiz do Tribunal de Alçada de 1985 a 1988. Neste Tribunal de Justiça, ocupou os cargos de Corregedor-Geral de Justiça e de 2º Vice-Presidente, tendo, ainda, feito os cursos de Parapsicologia e Psicologia Dinâmica, bem assim o Curso de Direito Penal Especializado, ministrado pelo grande Nelson Hungria.

A Desembargadora Jurema Brasil Marins Miranda, depois de ter sido Promotora de Justiça durante três anos na comarca de Açucena, ingressou na Magistratura em 1970, tendo judicado em Alvinópolis, Rio Casca, Governador Valadares e Belo Horizonte. Em 1994, foi promovida para o Tribunal de Alçada e, em 2002, para o Tribunal de Justiça. Tem cursos especializados em Direito Tributário, Direito Comercial, Direito do Consumidor, Direito Bancário e Direitos Humanos, além de vários estudos intensivos em diversas áreas do Direito.

O Desembargador José Guido de Andrade, depois de ter sido Promotor de Justiça em Ipanema e Ibiraci, ingressou na Magistratura em 1961, tendo sido Juiz de Direito de Resende Costa, São Gotardo, Carandá, Juiz de Fora e Belo Horizonte. Foi promovido para o Tribunal de Alçada em 1984 e para o Tribunal de Justiça em 1988, tendo sido Corregedor-Geral de Justiça. Com inegável e merecida liderança entre os juizes, foi eleito Presidente da Amagis em 1995, exercendo uma profícua gestão. Liderança, é bom que se diga, que ainda detém e exerce até hoje, merecidamente.

Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins. Ingressou na Magistratura pelo quinto constitucional, tendo sido nomeado para o Tribunal de Alçada de Minas Gerais em 1977. Assumiu a Vice-Presidência em 1980 e a Presidência em 1982. Em 1983, foi promovido para o Tribunal de Justiça, onde exerceu a Vice-Presidência, a Superintendência da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes e a Presidência do Tribunal, em 1997. Foi também Vice-Presidente e Corregedor Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral em 1982, tendo ocupado a Presidência daquele sodalício em 1994. Dentre diversos títulos e medalhas, destacam-se o Curso de Doutorado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e o Curso de Literatura Brasileira pela Academia Mineira de Letras. Hoje, o culto e operoso Desembargador Lúcio Urbano exerce o difícil cargo de Secretário de Defesa do Estado de Minas Gerais.

O Desembargador Sérgio Lellis Santiago, filho do saudoso Desembargador José de Assis Santiago, exerceu a advocacia durante quase 10 anos, tendo feito concurso para a Magistratura em 1966. Em 1967, foi nomeado Juiz de Direito. Exerceu a judicatura de 1º grau nas comarcas de Perdões, Almenara, Ubá, Senador Firmino, Visconde do Rio Branco e Belo Horizonte. Em 1978, foi promovido para o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, onde ocupou a Vice-Presidência e a Presidência. Em 1985, veio promovido, por merecimento, como aliás foram todas as suas promoções, para o Tribunal de Justiça. Foi Corregedor-Geral de Justiça e Presidente do mais alto sodalício do Estado. Inúmeras são as suas medalhas e condecorações, todas bem traduzindo a sua inegável e notória cultura jurídica.

Desembargador Rosauro Vieira Júnior. Antes de fazer concurso para o cargo de Juiz de Direito, havia sido aprovado e classificado em concursos públicos para os cargos de Juiz do Trabalho e Promotor de Justiça. Ingressou na carreira da Magistratura em 1967, tendo sido Juiz de Direito das comarcas de Matozinhos, Nova Lima, Betim e Belo Horizonte. Em 1993, recebeu o título de Mérito Judiciário, conferido pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais, como Personalidade de Destaque Judiciário daquele ano. Foi promovido para o Tribunal de Alçada em 1995 e, em fevereiro do corrente ano, veio promovido para o Tribunal de Justiça.

O Desembargador Odilon Ferreira da Silva ingressou na Magistratura em 1966, tendo sido Juiz de Direito em Rio Vermelho, Santa Maria do Suaçu, Carandá, São João Del-Rei e Belo Horizonte. Na 2ª instância, exerceu a sua honrada Magistratura, tanto no Tribunal de Alçada como no Tribunal de Justiça. É nacionalmente conhecido, não apenas pela sua cultura jurídica, mas sobretudo pela caridade que esparge com a sua abençoada mediunidade.

O Desembargador Geraldo de Abreu Leite ingressou na Magistratura em 1968. Foi Juiz de Direito nas comarcas de Sacramento (onde recebeu o título de Cidadão Honorário), Lavras (de onde também é Cidadão Honorário e Benemérito), Uberaba e Belo Horizonte. Foi promovido para o Tribunal de Alçada em 1988 e, em 1996, para o Tribunal de Justiça. Tem diploma do Curso sobre Drogas e Entorpecentes no Judiciário, assim como participou do Seminário ministrado pela United States Drug Enforcement Training Academy Staff. É destacadamente reconhecido pelos seus Colegas, não somente pela sua cultura e dignidade, mas pelo seu trato ameno e leal.

Desembargador José Carlos Abud. Ingressou na carreira da Magistratura em 1968. Foi Juiz de Direito nas comarcas de Medina, Barão de Cocais, Brasópolis, Santa Bárbara, Oliveira e Belo Horizonte. Foi Juiz do Tribunal de Alçada de 1991 a 2001, quando veio promovido para o Tribunal de Justiça. Recebeu a condecoração de Honra ao Mérito, outorgada pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais, a Medalha do Mérito Legislativo, concedida pela Câmara Municipal de Belo Horizonte, e o diploma *Monsenhor Geraldo Magela*, concedido pelo Município de Barão de Cocais.

Juiz Geraldo Vicente Ferreira Dornas. Foi nomeado para o cargo de Juiz Substituto em janeiro de 1995, após aprovação em concurso público, tendo, anteriormente, exercido a advocacia por 12 anos. Foi Vereador e Vice-Prefeito em Caetanópolis. Em 1997, foi promovido para o cargo de Juiz de Direito de Guanhães e, em dezembro de 1999, para a comarca de Betim, onde veio a se aposentar em agosto de 2002.

Juiz Wellington Antônio Ferreira. Nomeado Juiz de Direito da Comarca de Cabo Verde, em 1974. Em fevereiro de 1980, foi promovido para a comarca de Bocaiúva. Em dezembro de 1982, foi promovido para a 2ª Vara Cível da comarca de Divinópolis e, em janeiro de 2002, para o cargo de 12ª Juiz de Direito Auxiliar de Belo Horizonte, onde se aposentou em agosto do mesmo ano.

O Juiz Ideu Araujo de Oliveira foi nomeado em maio de 1987 para o cargo de Juiz de Direito de Coração de Jesus, sendo promovido, em dezembro de 1992, para a 4ª Vara Cível da comarca de Uberaba. Em junho de 2002, foi promovido para a 1ª Vara Cível da comarca de Cel. Fabriciano, onde veio a se aposentar quatro meses depois.

Juiz Waldemar de Menezes Filho. Em março de 1990, foi nomeado, após aprovação em concurso público, para o cargo de Juiz de Direito da comarca de Paraguaçu. Em junho de 1993, foi promovido para a 2ª Vara da comarca de Araxá e, em junho de 1996, para a 1ª Vara Cível da comarca de Sete Lagoas, sendo removido, finalmente, em abril do corrente ano, em virtude de permuta, para a comarca de Curvelo, onde se aposentou no mês de maio próximo passado.

O Juiz Paulo Antônio Begalli foi nomeado Juiz Substituto em julho de 1993, tendo exercido a cooperação em diversas comarcas, como, por exemplo, Borda da Mata, Cambuí, Paraisópolis, Bueno Brandão, Pirapora, Pouso Alegre e Caldas, sendo promovido, em abril do corrente ano, para a comarca de Formiga, onde veio a se aposentar em maio próximo passado.

Esses, senhoras e senhores, pela ordem de data da correspondente aposentadoria, os Desembargadores e Juizes homenageados nesta solenidade.

Ao apagar desta peroração, não posso deixar de consignar que admiramos em cada um dos homenageados, antes que o estandarte da glória fugaz do prestígio social, a nua e intrínseca realidade dos valores íntimos voltados para a moral. E a vocação que demonstraram em suas vidas profissionais, para o exercício da difícil função de dirimir conflitos humanos, fez realçar o adensamento da luminosidade ética que para eles clareou tanto os arroubos do alvorecer quanto a maturidade do crepúsculo profissional.

Muito obrigado.

Tenho dito.

(Belo Horizonte, 11 de agosto de 2003.)

Discurso de despedida da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Des. Gudesteu Biber Sampaio*

Há quase dois anos, ao assumir a Presidência desta Casa, tive oportunidade de explicitar planos, falar de ideais e empreendimentos. Dividi com todos os Colegas sonhos, porque acredito, como já dizia William Shakespeare, que "nossas vidas são tecidas pelo mesmo fio dos nossos sonhos".

Hoje, olhando para esse passado recente, posso afirmar ter feito todas as melhorias que me foi possível realizar, tendo em vista as minhas limitações pessoais, além das restrições orçamentárias e funcionais.

Estar à frente da administração do Poder Judiciário não é tarefa simples. Exige tomada de decisões. Ouvir um lado e o outro. Ponderar e fazer escolhas não é algo fácil, porque quase sempre isso traz o ônus de insatisfações - não é possível agradar a todos. Porém, tudo isso são "ossos do ofício", e um homem público não pode deixar de cumprir o seu papel.

Desde o início desta administração, defendi a importância de o Poder Judiciário funcionar como uma empresa, com o mínimo de custos e o máximo de resultados. E, assim, ser reconhecido junto à coletividade pela excelência de sua atuação. E todos nós abraçamos essa causa, friso, *abraçamos*, na primeira pessoa do plural, porque esta foi uma gestão compartilhada.

O momento, agora, é de agradecer, pois sem o apoio dos magistrados e servidores, nada poderia ter sido realizado. Agradeço ao atual Primeiro Vice-Presidente, Desembargador Hugo Bengtsson; ao Segundo Vice-Presidente, Desembargador Bady Curi; ao Terceiro Vice-Presidente, Desembargador Antônio Hélio Silva; ao Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Isalino Lisbôa. Nesse agradecimento, incluo com a mesma ênfase os Desembargadores José Guido de Andrade, Corrêa de Marins e Murilo Pereira, que também atuaram nesta gestão, em cargos administrativos.

O meu muito obrigado a cada superintendente de área, com quem dividi tantas e tão altas responsabilidades: os Desembargadores Orlando Carvalho, Zulman Galdino, Cláudio Costa, Nilson Reis, Gomes Lima, Antônio Marcos Alvim Soares, Joaquim Alves de Andrade, Sérgio Resende, Reynaldo Ximenes, Herculano Rodrigues, Tibagy Salles, Dorival Guimarães, Roney Oliveira, Hélio Costa, Luiz Carlos Biasutti e Sérgio Braga. E aos Juizes Maurício Barros, Jair Eduardo Santana, Paulo Antônio de Carvalho, Cássio Salomé e Juarez Morais de Azevedo.

Não poderia me esquecer de Desembargadores que foram superintendentes de área nessa administração e já se aposentaram, depois de uma longa história de serviços prestados ao Judiciário, como os Desembargadores Campos Oliveira e Lúcio Urbano, este hoje Secretário de Estado da Defesa Social.

Meu reconhecimento também ao Desembargador José Fernandes Filho, grande líder do Judiciário de Minas e do Brasil, que não poupa esforços para defender essa instituição, a fim de preservar a dignidade e o reconhecimento da Justiça e de seus membros.

Registro, ainda, o meu penhor ao corpo de servidores desta Casa pelo seu apoio imprescindível.

Não poderia deixar de lembrar do Cardeal Dom Serafim Fernandes de Araújo, sempre solícito a abençoar esta Casa, seus agentes e funcionários, que tanto necessitam da benevolência divina para a realização de tão difícil missão.

(*) Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no período de 21 de setembro de 2001 a 27 de agosto de 2003.

Agradeço, especialmente, à minha esposa Nilza, com sua presença serena e firme, suas palavras e atitudes sábias de mulher, mãe e grande juíza que é. E esse abraço agradecido estendo a todos de minha família.

Gostaria de dividir com cada um dos Colegas os frutos desta gestão colegiada, entre eles o redesenho do modelo organizacional do Tribunal de Justiça, que se encontra em fase final; o investimento em quadro de pessoal; a instalação de duas novas câmaras de julgamento no Tribunal de Justiça e de uma câmara no Tribunal de Alçada, de setenta e uma varas judiciais e cinco comarcas; o enxugamento das despesas, com revisão de consultorias, contratos e convênios - todas as ações visando ao melhor funcionamento do Judiciário, com austeridade e eficácia.

É preciso comemorar um fato inédito - o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem julgado mais processos que o número de recursos distribuídos. Fato idêntico tem acontecido nos Juizados Especiais Cíveis de Belo Horizonte, onde o número de julgados tem superado as ações propostas.

Compartilho igualmente com os Colegas e os servidores a implantação de projetos sociais, voltados para as camadas mais vulneráveis da sociedade. Entre eles, o aperfeiçoamento constante dos Juizados Especiais e a implantação dos Juizados de Conciliação, alternativa para levar a Justiça informal até o cidadão. Empreendemos também esforços para a disseminação de Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (Apacs) em comarcas do Estado e para a efetivação do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental Infrator (PAI-PJ).

É importante lembrar que nenhum investimento seria possível sem o necessário apoio do Executivo e do Legislativo. O ex-Governador Itamar Franco e o atual Governador Aécio Neves foram sensíveis às necessidades de investimento na estrutura do Judiciário. Também aliados nessa luta foram os Deputados Antônio Júlio e Mauri Torres, ex-Presidente e atual Presidente da Assembleia Legislativa.

Acreditamos que uma semente foi plantada, porque esta administração foi pautada pela preocupação com a instituição e com um plano de gestão solidificado, com metas traçadas e uma política de resultados. Cada gestor que chega somente vem prestar a sua contribuição para o aprimoramento constante da instituição. E quem ganha com tudo isso é a sociedade, uma vez que o Judiciário é, por excelência, a instituição que promove a paz social.

Sabemos que o Poder Judiciário vive um momento difícil, rechaçado pela mídia e minimizado perante a opinião pública, numa ação orquestrada que esconde interesses não explicitados. Como bem destacou Sepúlveda Pertence, o Poder Judiciário terá que percorrer um longo caminho para recompor sua imagem. Segundo aquele digno ministro,

o Judiciário, que já estava desgastado por causa de suas graves deficiências funcionais, sofreu um desgaste imenso, que lamentavelmente vai durar décadas na recuperação daquilo que é essencial ao seu prestígio, não para ganhar mais ou menos tostões, mas como uma peça fundamental se se quer construir uma democracia séria e justa neste País.

O presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Maurício Corrêa, tem chamado a atenção para o fato de que "é preciso parar com a idéia de tratar o Judiciário como um departamento. O Poder Judiciário não é um departamento de quem quer que seja. É um Poder da República".

Precisamos, todos nós, nesta conjuntura, defender o Judiciário. Defender o Judiciário não significa apenas defender os magistrados e servidores - representa, acima de tudo, defender a sociedade democrática, o Estado de Direito.

O aperfeiçoamento é necessário? Temos certeza de que sim. Existem falhas, e elas precisam ser solucionadas. No entanto, o tratamento que vem sendo dado ao Judiciário é injusto.

Sabemos que os magistrados precisam ter independência para decidir contra os interesses do capital, contra o Estado, quando for o caso, resolver conflitos entre gigantes e anões, sempre em favor do que é mais justo. Pois, como já dizia Confúcio, "ver o que é justo e não agir com justiça é a maior das covardias humanas."

E nós, magistrados, precisamos ter coragem sempre, mesmo diante de toda a adversidade, porque nossa missão é defender a sociedade. No dia em que o juiz se calar, a população estará completamente desprotegida.

Ainda que as pessoas não tenham noção da importância do Judiciário e nos ataquem, muitas vezes por desconhecimento de causa, ainda assim, não nos furtaremos do nosso dever de guardiães da sociedade, defensores dos seus direitos e da paz social. Já tivemos exemplos vários, aqui e em diversos países do mundo, do que significa um Judiciário emudecido. E essa experiência não deve jamais se repetir.

Desejo ao novo presidente, Desembargador Corrêa de Marins, muito sucesso na sua gestão, e decerto ele o terá. Pela minha experiência, estou convencido de que administrar jamais deve ser um ato solitário e, sim, *solidário*. É necessário congregarmos forças, envolver os desembargadores, juizes e servidores, porque o êxito da gestão depende da força propulsora de cada um, dentro das habilidades e competências particulares. De minha parte, estarei pronto a ajudar o meu colega Marins, sempre que for solicitado.

Renovo os meus agradecimentos sinceros a todos, e foram *muitos*, que me ajudaram na tarefa de que ora me despeço.

Muito obrigado!

(Belo Horizonte, 27 de agosto de 2003.)

**Discurso de saudação ao Desembargador Márcio Antônio Abreu
Corrêa de Marins, na sua posse como Presidente do
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

*Des. Kelsen do Prado Carneiro**

Excelentíssimos Senhores,

Olhando em volta, prezadíssimo amigo e colega Gudesteu Biber Sampaio, Vossa Excelência, que, com a sensação do dever cumprido, acaba de deixar o honroso cargo de Presidente deste Tribunal de Justiça, cargo que tanto dignificou com extrema competência e dedicação, verá um desfile de credenciais e de méritos que deveriam informar as palavras de saudação ao Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, que agora assume a responsabilidade enorme de substituí-lo na direção desta Casa; mas estou certo de que, por outras razões, não estranhará a escolha, lembrando que somos colegas da mesma turma da Faculdade e que ele, e sua esposa Marly, que no mesmo lugar e na mesma classe conhecemos, são amigos queridos; saltando no tempo, lembro e informo aos ilustres desembargadores e a todos que nos honram com suas presenças que de há muito somos irmãos de armas, estudamos Direito juntos e julgamos lado a lado, cada um em sua comarca, até nos reencontrarmos aqui em Belo Horizonte e, com diferença de pouco tempo, chegamos a esta mais alta Corte de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A admiração e o apreço, antigos como eu já disse, concederam-me a franquia para esta saudação, que produz com enorme e incontrolável emoção.

Falar da personalidade de Corrêa de Marins não é tarefa difícil, tão marcante tem sido a sua trajetória na vida judiciária do nosso Estado, começada no exercício do cargo de Escrevente Juramentado do Cartório de Execuções Criminais de Juiz de Fora.

Ao mesmo tempo, como estudante, soube, como eu, sempre dar conta das lições e, se brilhantes não éramos (ele viria a ser depois), nos momentos das provas mais difíceis, principalmente nas do exigente Prof. Moacyr Borges de Mattos, socorriamos da Marly, esta sim, aluna nota 10 (dez) com louvor. Corrêa de Marins tem ainda a sagrada ventura de tê-la constantemente ao seu lado, hoje com dois filhos, Márcio e Marcelo, e um neto, Álvaro, razões principais da sua vida e inspiração para que seja melhor do que sempre foi.

Como Juiz de Direito, passando pelas Comarcas de Ervália, Manhumirim, Lavras, Belo Horizonte e pelo Tribunal de Alçada, foi um magistrado integral; poucos estariam mais credenciados que eu para proclamá-lo, porque, pela amizade iniciada nos bancos da escola, acompanhei sua judicatura, que se desenrolou parelha a minha; sereno, operoso, culto, sóbrio, mas sempre bem-humorado, por onde passou e passa, conquistou e sempre conquista a admiração de seus jurisdicionados; elevado na carreira a Vice-Presidente e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral e a 2º Vice-Presidente desta Corte e Superintendente da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, deu largas mostras de seu espírito de liderança e de iniciativa, promovendo estudos para modificações necessárias administrativas para obter para aquelas instituições o que entendia melhor e mais adequado para o seu efetivo desenvolvimento.

O exercício de sua profissão, Desembargador Corrêa de Marins, seria bastante esmaecido em seus méritos se não fosse o alto valor humano que o inspira; e Vossa Excelência desfruta desse privilégio; exemplar pai de família, filho atento e carinhoso, homem de virtudes, sempre se impôs ao respeito de seus Pares e de seus concidadãos, qualidades trazidas do berço e formadas pelo seu saudoso pai, Marinho Corrêa de Marins, e pela sua mãe, D. Maria Luiza de Abreu, aqui presente, feliz e emocionada por ver o filho chegar aonde chegou.

É porque Vossa Excelência foi o que foi e é o que é que este egrégio Tribunal o recebe neste dia como seu novo Presidente.

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

Vossa Excelência substitui um nome ilustre, um administrador audacioso e magistrado de enorme talento, um Desembargador que igualmente conheço e passei a respeitar e admirar de há muito, desde 1970, na minha, na nossa querida São Sebastião do Paraíso: o Desembargador Gudestev Biber Sampaio, a quem este Tribunal muito deve e de grandes e importantes realizações, realizações essas que tomarão páginas do substancioso relatório que oportunamente prestará, todas em prol do Judiciário mineiro e de todos que o compõem, juizes e funcionários, e que sempre lhe serão gratos e também pela sua coragem, dinamismo, presença de espírito e destemor na defesa de nossos interesses e do Poder, fazendo-o sempre, como Vossa Excelência certamente o fará, com entendimento, cooperação mútua e harmonia com os outros dois Poderes, Executivo e Legislativo, hoje sob a direção segura e competente, respectivamente, do Governador Aécio Neves e Deputado Mauri Torres, que nos honram com suas presenças.

Vossa Excelência, Des. Corrêa de Marins, assume o cargo em momento de graves apreensões, quando se pronunciam breves preocupantes e apressadas reformas, uma e outras que poderão comprometer, em seus alicerces, a profissão de Juiz de Direito e a boa distribuição da Justiça, em todos os seus escalões, bastando ver a revogada de excelentes Colegas que estão, no momento, deixando a carreira.

Mas está em suas mãos, com o apoio das nossas, conjurar, no momento próprio e adequado, as hoje quase certas adversidades. "*Orietur in debus et ius justitia, et abundantis pacis*", proclama o salmista: "Nascerá em seus dias a justiça e então haverá grande colheita de paz"; em notas críticas às palavras proféticas, adverte Padre Vieira: "a paz é o fruto da justiça. Toda a república em todo o tempo há de existir, e a nossa, no tempo presente, dobrada paz: paz interna contra os inimigos de dentro, paz exterior contra os de fora; e uma e outra teremos, se a justiça a cultivar como deve".

Vossa Excelência, Des. Corrêa Marins, benemérito de tantos serviços e que tanta estima e respeito tem para com os seus colegas, está convocado para esta cruzada; e, como o sabemos, de longa data, um denodado líder das causas da justiça e do respeito que ela merece, este Tribunal o recebe de braços abertos, suplicando que, quando do exercício da nobre e trabalhosa função, com a ajuda sempre presente e pronta de todos nós, magistrados de 1º e 2º graus, transponha a coragem de muitos daqueles colegas, hoje aposentados, que o antecederam no honroso cargo - alguns deles aqui presentes. Representando todos, escolho o Des. José Norberto Vaz de Mello, exemplo de Juiz, seu e meu. Transponha, repito, toda esta situação que gera um mundo de desconfiância e gera o desconforto e a indignação quando atualmente se percebe por parte de quem nunca poderia fazê-lo, de profissionais desavisados alguns, insensatos outros, quando não despreparados e tendenciosos, comunicadores da imprensa escrita e falada, ofensas despropositadas, considerações perigosas e desrespeito para com o Poder Judiciário, levando-o ao descrédito injusto, esquecendo-se, ou ignorando, um e outros, que é ele o único bálsamo capaz de conferir à criatura tranquilidade necessária a sua própria subsistência.

No decorrer da existência e ao longo do perpassar dos anos de nossa vida, vamos tomando consciência de que, por mais que o ser humano reflita, medite e raciocine, alguns fatos existem que nem a intuição, nem toda a sua capacidade de previsão poderão sequer ser imaginados que venham acontecer

Outros, porém, são facilmente previsíveis, dentro do desenrolar lógico dos fatos, bastando um raciocínio sensato em torno de um critério de possibilidade para se poder intuir que tais fatos virão acontecer.

Entre os primeiros, isto é, entre aqueles que nós, seres humanos contingentes, jamais poderíamos imaginar, ou supor que eles viessem acontecer está o de, 42 anos atrás, um bacharelado de Direito, filho de um Promotor de Justiça do interior de Minas, estar saudando outro seu colega da Casa de Benjamin Colucci, na sua posse, como segundo Presidente - o primeiro foi o Des. Vaz de Mello, da turma de 1949 - deste centenário Tribunal de Justiça, oriundo daquele tradicional estabelecimento de ensino superior da Rua Santo Antônio.

Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, na singeleza da velha amizade, que tanto me desvanece, falando em nome de todos os Juizes, Desembargadores da ativa e aposentados, funcionários e, também, com a devida permissão, no de seus conterrâneos da querida Santos Dumont, em nome de todos os colegas da turma de 1961, da Faculdade de Direito da Universidade de Juiz de Fora, alguns deles aqui presentes, digo-lhe ao término desta despretensiosa saudação: seja bem-vindo como nosso Presidente e que Deus lhe ilumine os passos e amenize a sua tarefa. Para todos nós, o passado de Vossa Excelência é seguro penhor de triunfos futuros.

Tenho dito.

Muito obrigado.

(Belo Horizonte, 27 de agosto de 2003.)

Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins*

Em seu livro *O Problema da Justiça*, o notável Hans Kelsen, ao tratar de *Justiça e Felicidade*, assim se expressa:

Platão ensina que o justo, e apenas o justo, é feliz; ou que temos de conduzir o povo a crer nisso. E, de fato, o problema da Justiça tem uma importância tão fundamental para a vida social dos homens, a aspiração à *Justiça* está tão profundamente enraizada nos seus corações porque, no fundo, emana da sua indestrutível aspiração à *felicidade*.

Embora sabendo que a verdadeira Justiça, só Deus a faz, porque Supremo Juiz, procurei, com toda força, dentro das limitações próprias do homem, em minha carreira de Magistrado, nesses 37 anos de judicatura, fazer Justiça.

Assim buscava a Felicidade, que hoje se manifesta fortemente em minha alma e no meu coração, quando chego, pela escolha de meus Colegas, à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Senhoras e Senhores:

Este é, pois, um momento importante em minha vida. Um momento de *honra*, de *humildade*, de *gratidão* e de *felicidade*!

• Sinto-me *honrado* em assumir a Presidência desta Casa mais que centenária e respeitada em todo o País, cuja história é marcada por valores que compartilho plenamente.

• Sinto-me *humilde* ante a magnitude da tarefa que me espera, como Chefe do Poder Judiciário de meu Estado.

• Sinto-me profundamente *agradecido* aos meus pares pela confiança em mim depositada, esperando ser merecedor do apoio recebido e responder adequadamente ao encargo que ora assumo, com vontade inequívoca de servir e de trabalhar pelo engrandecimento do Judiciário mineiro.

• Sinto-me *feliz*, pois, mesmo preocupado com a responsabilidade do alto cargo no qual sou investido, tenho esperança de, com todo o meu modesto engenho e pequena arte, concorrer para que a Justiça em Minas prossiga em pleno desenvolvimento.

• Sinto-me convocado para a missão que se me apresenta, para a qual me disponibilizo inteiramente, enfrentando, com coragem, as asperezas do momento e, sem qualquer jactância, sinto e percebo que posso dar a minha contribuição nesta hora.

Venho de muito tempo na carreira, estou entre os magistrados mais antigos do Judiciário mineiro, freqüente a Corte Superior do Tribunal há mais de uma década, ali convivendo e aprendendo com os Juizes mais ilustres deste Estado.

Posso afirmar, como disse Milton Campos, em memorável discurso pronunciado neste Palácio, no dia 27 de março de 1947, que "foi à sombra desta mansão da Justiça que formei minha personalidade".

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

Desde o rígido concurso para ingresso na magistratura, durante toda minha carreira jurisdicional de 1ª Instância, mesmo como Juiz do Tribunal de Alçada e, finalmente, como Desembargador, sempre discípulo do inclito magistrado José Norberto Vaz de Mello, foi aqui nesta Casa, chamada de "conspicuo colégio", pelo Desembargador Pedro Braga, foi nesta Casa, repito, nos seus Julgados e, principalmente, nos seus componentes através dos tempos, que complementei minha personalidade de homem e de juiz.

Por tudo isso, aqui chego, realizando a legítima aspiração de todo magistrado que supera os obstáculos da carreira e atinge o começo do fim de uma luta, que é a de conduzir o Poder Judiciário mineiro, em administração solidária, mantendo-o respeitado e lutando para resguardar as garantias da magistratura.

Garantias que, infelizmente andam querendo solapar, talvez porque não saibam, ou não queiram saber, como lembrou Sacha Calmon, em lúcido artigo,

que o Judiciário não é *segmento*, é *poder*, sobremodo autônomo e independente, por força de ditame constitucional, imune a qualquer emenda como se queira fazer na Constituição, a menos que haja uma revolução armada e se crie uma nova Carta política.

A propósito, vale a pena lembrar aqui a lição inteligente de Dalmo de Abreu Dallari, em seu imprescindível livro *O Poder dos Juizes*.

Diz o mestre de Direito Constitucional da tradicional Faculdade do Largo de São Francisco:

Para que o Poder Judiciário garanta os direitos e realize a justiça é necessário que ele seja materialmente bem aparelhado, mas isso apenas não é suficiente, sendo extremamente relevante que os juizes tenham preparo adequado e sejam conscientes de suas responsabilidades. Mas além disso tudo e como requisito prévio e essencial é indispensável que a magistratura seja independente.

E acrescenta, com impressionante propriedade, o ilustre advogado e catedrático paulista, que nunca pou-pou críticas construtivas ao Poder Judiciário:

Longe de ser um privilégio para os juizes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juizes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juizes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças.

Como bem disse o incansável Desembargador José Fernandes Filho, paladino do Judiciário, em brilhante artigo de jornal, a fragilidade da magistratura

só não interessa à sociedade, angustiada com a insegurança daqueles a quem entregou o poder-dever de garantir a ordem jurídica e o respeito aos direitos.

No mesmo sentido, trago aqui as palavras do Ministro Maurício Corrêa, Presidente do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação, firme e moderada, nos momentos difíceis da recente crise, é digna de louvor. Disse o Ministro, em entrevista concedida ao "Estado de Minas" do dia 12 do corrente, ao lhe perguntarem sobre a criação de um fundo específico para o Judiciário:

É preciso deixar bem claro: ninguém está pedindo que se faça um favor com relação a isso. Porque está na Constituição que o Judiciário é um poder da República. É preciso parar com a idéia de tratar o Judiciário como um departamento. O Poder Judiciário não é um departamento de quem quer que seja. É um Poder da República.

Imbuídos desses pensamentos, dos quais se tira a evidente conclusão de que o Judiciário, tratado, corretamente, sob o foco da Doutrina de Montesquieu, é um órgão do Poder do Estado, tão importante e imprescindível quanto o Legislativo e o Executivo, cabendo a cada um deles "uma função preponderante mas não única nem exclusiva" (Nailê Russomano), reservada ao Judiciário a nobre tarefa de solucionar os conflitos que lhe são apresentados na forma da lei.

Conflitos que podem envolver indivíduos entre si, ou o Estado e os indivíduos, ou, ainda, setores do próprio Estado em posição antagônica.

Sem ser mais importante que os dois outros, repita-se, mas com a tarefa delicadíssima e difícil de promover a paz social, como já rezava o velho e sempre atual brocardo jurídico *Opus Justitiae Pax*, o Poder Judiciário que queremos, e pelo qual lutarei na Presidência desta Casa, é um Judiciário moderno e acessível a todas as pessoas, um Judiciário responsável perante o cidadão, um Judiciário ágil e tecnicamente avançado, um Judiciário que atenda aos mais desassistidos e aos economicamente hipossuficientes e resolva suas demandas em pé de igualdade com os mais fortes e poderosos, distribuindo a cada um o que é seu.

Estou consciente de que o baixo desempenho do Poder Judiciário, além de abalar as bases do Estado de Direito, provoca outros efeitos negativos como a diminuição do acesso à Justiça, a perda de credibilidade na própria Justiça, a insatisfação do cidadão e o obstáculo ao desenvolvimento econômico do Estado.

Sei, também, que o Poder Judiciário brasileiro, uno e indivisível, quer mudar cada vez para melhor e nesse rumo quero direcionar a minha gestão, continuando a dinâmica e profícua atuação do Desembargador Gudestau Biber Sampaio.

- Quero administrar o Judiciário mineiro com os colegas, de forma solidária, convocando desde já a todos, sem distinguir entre os mais velhos e os mais novos, para participarem do projeto em prol da eficiência e do respeito à instituição.

- Quero valorizar e prestigiar a atuação do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil nas votações e nas negociações políticas a se desenvolverem em termos de reformas nacionais que digam respeito ao Judiciário.

- Quero realizar freqüentes reuniões com os Vice-Presidentes do Tribunal e com o Corregedor-Geral de Justiça para que sejam eles inteirados *pari passu* do desenrolar da administração, delas participando como superintendentes que são por lei.

- Quero manter e valorizar os Juizados Especiais e os Juizados de Conciliação por saber que eles concorrem sensivelmente não para diminuir o trabalho da Justiça comum, e sim para levar a Justiça a mais perto dos que dela precisam.

- Quero manter diálogo constante com a Amagis, de forma respeitosa, mas independente, sem interferir nos seus assuntos internos e nas disputas que porventura venham a existir, procurando, sobretudo, preservar a unidade da Magistratura mineira.

- Quero contar com a valiosa colaboração dos abnegados servidores da Justiça, indispensável apoio à tarefa precípua do Judiciário. Para tanto, cuidarei de implementar suas condições de trabalho e valorizar o seu plano de carreira.

- Quero manter uma relação fraterna com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados. Tais classes, essenciais nas suas funções próprias, embora representando formas de atividades distintas das funções da magistratura, "não são todavia mais que aspectos de cooperação solidária, mais do que momentos distintos e sucessivos da mesma excelsa obra - da obra ideal da Justiça", como muito bem se expressou o Professor Pinto Loureiro, catedrático de Coimbra, na célebre obra de Pierre Bouchardon, *Le Magistrat*.

- Quero por fim, mas não por menos, agradecer:

- Agradecer ao ilustre colega Des. Kelsen do Prado Carneiro, pelas referências elogiosas feitas à minha pessoa, fruto, sem dúvida, de nossa sólida amizade, iniciada nos bancos da vetusta "Casa de Benjamim Colucci", da UFJF, e consolidada no exercício da mesma ambição de distribuir Justiça.

- Agradecer ao jovem, dinâmico e competente Governador Aécio Neves por sua presença e de seus Secretários e Assessores nesta solenidade, prenúncio de continuação do harmonioso e respeitoso tratamento mútuo entre o Executivo e o Judiciário. O mesmo se diga da presença do Presidente da Assembléia, Mauri Torres, nesta sessão solene, acompanhado de seus colegas Deputados, tudo indicando, para felicidade deste Tribunal, um aviso do correto e salutar funcionamento do "Sistema de Freios e Contrapesos".

- Agradecer especialmente, coração, mente e alma, à minha esposa Marly, de cujo apoio afetivo e efetivo sempre dependi e de que não posso prescindir no cumprimento desta nova e elevada missão. Tal agradecimento, com o mesmo penhor, se estende aos meus filhos Márcio e Marcelo, ao meu querido neto Álvaro e também à Vanusa e à Patrícia. À minha mãe Maria Luiza, aqui presente, e a meu pai, Marinho, *in memoriam*, crédito a minha vida e a minha formação inicial como pessoa, indispensável para minha vida profissional. Saiba, querida D^a Maria Luiza, que, embora na idade grisalha, mas saudável graças a seus cuidados iniciais, aqui está, comovido e agradecido, na linguagem poética de Fernando Pessoa, "o menino de sua mãe", pedindo-lhe a bênção.

- Agradecer, finalmente, a Deus, Supremo Juiz, por toda a proteção que dele tenho recebido e que espero continuar a receber nesta nova etapa de minha vida.

Muito obrigado!

(Belo Horizonte, 27 de agosto de 2003.)

Os juízes são diferentes ou fazem a diferença?

Dr. Roberto Apolinário de Castro*

No Brasil, sempre que se muda ou se tenta mudar algo na política governamental, costuma-se eleger a "bola da vez" para criar fantasias ou distorções que justifiquem os fracassos iminentes das promessas impossíveis de ser cumpridas.

Tem-se visto nos últimos dias uma avalanche de comentários, ataques e críticas aos integrantes do Poder Judiciário, com o fito único e exclusivo de tentar enfraquecê-lo diante da opinião pública, mesmo sabendo ser ele um dos pilares da República.

A próxima vítima do sistema, anotem, será a imprensa, pois tudo que incomoda aos que se dizem "poderosos" tende a ser desmoralizado ou neutralizado. Espera-se que, quando isso acontecer, ainda existam juizes independentes para tentar protegê-la ou minimizar o seu sofrimento e desgaste.

Por ignorância, incompetência ou má-fé, confundem ou tentam confundir a opinião pública, equiparando o magistrado a um funcionário público comum ou até mesmo a um "cortador de cana", quando a Carta Constitucional determina ser o magistrado um agente público, membro nato de um dos Poderes da República, seja ele da instância ou tribunal que for, o qual tem *status* de chefe de poder, equiparando-se por conseguinte com o Presidente da República, Governadores, Senadores e Deputados.

Ao contrário dos ataques de favores, os juizes não são deuses e nem a Ele querem se equiparar, mas a função do juiz é diferente daquela de qualquer outro profissional ou de quaisquer outros integrantes dos demais poderes, pois a ele compete dirimir toda e qualquer espécie de conflito e aplicar a lei ao caso concreto em benefício ou contra qualquer um, seja ele político, juiz, médico, engenheiro, químico, físico, matemático, metalúrgico, rico ou pobre, criminoso ou inocente, homem ou mulher, criança ou idoso.

Com o ato de julgar, pode-se tornar a miséria em abundância e a riqueza em pobreza, mas procura-se sempre dirimir os conflitos de interesses para evitar maiores distorções, como visto recentemente em milhares de julgados envolvendo a questão do FGTS; a proteção previdenciária da união homossexual; o amparo das crianças e dos adolescentes hipossuficientes colocados sob guarda; as constantes invasões de terras; as cobranças abusivas por seguradoras e instituições bancárias; as questões relacionadas com o sistema público de saúde; os conflitos familiares e inúmeros outros, como a concessão de um *habeas corpus* por ato abusivo de autoridade e principalmente a soltura de qualquer inocente que vier a ser preso.

O Judiciário é o único Poder da República totalmente aberto e transparente, pois todos os seus atos são públicos. É o único que não precisa de apadrinhamento político para ter livre acesso e, se não atende melhor aos jurisdicionados, é por falta de colaboração dos demais Poderes, principalmente pela falta de recursos e material humano, sendo certo que o Judiciário brasileiro hoje sobrevive com menos de 6% (seis por cento) do orçamento estatal.

Na constituição dos três Poderes, o Judiciário é o único ao qual se exige escolaridade mínima de 17 (dezessete) anos, além de experiência profissional anterior que varia de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, bem como "idoneidade moral", "profissional", "familiar" e "social", não podendo qualquer postulante ao cargo de juiz ter sido preso, processado ou condenado, ainda que disciplinadamente, ou mesmo que esteja sendo processado, tanto civil como criminalmente.

Pode-se assim afirmar que o único dos três Poderes da República que exige plena intelectualidade de seus membros é o Judiciário, cujos membros são escolhidos pela própria capacidade técnica, e por isso mesmo

(*) Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Especialista e Mestre em Direito - UGF/RJ. Professor universitário e de pós-graduação.

estão totalmente preparados para dirimir quaisquer conflitos de interesses, mesmo havendo ausência de norma regulamentadora. Nunca se viu um juiz "chorando" por ter tomado essa ou aquela decisão, por mais difícil que seja, pois apenas os melhores entre os melhores são escolhidos, em provas de conhecimento técnico, não bastando ter um bom discurso político ou subir em um palanque com promessas mirabolantes, que sabidamente jamais serão cumpridas.

Para conhecimento de alguns desinformados que hoje estão no poder, certamente não teriam galgado tal posto se não fosse pela lisura dos magistrados e sua total independência frente às inúmeras pressões por grupos poderosos, verdadeiros detentores da tão propagada "caixa preta".

Todos sabem da jornada estressante e estafante do magistrado brasileiro, tentando alguns fechar os olhos para o óbvio. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, nenhum juiz poderia trabalhar anualmente com mais de 500 (quinhentos) processos. E no Brasil um juiz trabalha em média com pelo menos 5.000 (cinco mil) processos por ano, portanto dez vezes mais do que o recomendado.

Não pode o juiz ser convocado extraordinariamente para colocar seu serviço em dia ao argumento de falta de recursos. Porém, outros Poderes, para aumentar suas receitas, provocam situações para a convocação extraordinária, bastando não cumprir com suas atividades para que tal aconteça.

O ato de julgar é privativo do juiz. É ele quem condena ou absolve. É ele quem materializa as leis com suas decisões. Somente o Poder Judiciário tem autoridade para prender ou soltar, reintegrar ou não as áreas de terras invadidas; expropriar as terras utilizadas para cultivo de entorpecentes; confiscar bens dos criminosos. A imprensa somente tem liberdade de trabalhar noticiando, comentando e até mesmo criticando, por estar amparada pelo Judiciário.

De nada adianta o Governo Federal declarar de utilidade e necessidade pública, ou de interesse social esta ou aquela propriedade, se não houver um juiz imparcial e competente para determinar a imissão na posse. Não haverá distribuição de recursos e riquezas sem a intervenção do Estado-Juiz. Os constantes conflitos agrários e urbanos, como a investida organizada e criminosa contra o patrimônio alheio nos últimos dias, somente serão resolvidos com a firme intervenção do magistrado.

Mesmo no caso de um julgamento político, como aconteceu com o *impeachment* de um presidente, convoca-se o Poder Judiciário, sendo nessas ocasiões o Senado Federal presidido pelo Ministro presidente do STF, na sessão de julgamento para condenação ou não do Presidente ou Vice-Presidente da República.

Na ausência dos Chefes do Executivo e do Legislativo, tem o integrante do Poder Judiciário autonomia legal para Governar a Nação ou o Estado, mas nunca se viu ou verá o Presidente da República, um Governador, Deputado ou Senador, exercendo as atribuições de julgar, privativas do magistrado.

Quando um brilhante advogado deixa a atividade privada para ser agente público integrante do Poder Judiciário, o faz por vocação, mas também troca uma profissão promissora por uma estabilidade vitalícia, como acontece nos EUA e demais países. Só que no Brasil a diferença é de que irá trabalhar pelo menos dez vezes mais. Além disso, quaisquer que sejam seus vencimentos, contribui integralmente com 11% (onze por cento) do *quantum* total de seus rendimentos para se aposentar ao final de trinta anos de serviços com proventos também integrais, e não com apenas 4 (quatro) anos de exercício em cargo eletivo.

Não tem o magistrado segurança particular, veículo funcional com combustível e motorista pagos pelos cofres públicos, para transportar suas esposas e filhos. Não têm eles palácios com todas as despesas pagas pelo contribuinte. Não faz jogos de futebol com churrasco de carne importada, vinho também importado e outros apetrechos, para os seus afilhados e apadrinhados políticos, tudo pago com o dinheiro público.

O mínimo que se espera daqueles que hoje chegaram ao poder é respeito ao Judiciário, e, embora alguns não sejam intelectualizados, não custa consultar um bom livro para saber distinguir funcionário público de agente público; não pode também por ignorância ou má-fé confundir prerrogativas da função com privilégios, pois privilégio é poder gastar dinheiro público sem muitas vezes prestar contas à nação; viajar para o exterior sem estar

a serviço, com todas as despesas pagas pelo erário; provocar convocação extraordinária para aumentar seus suculentos vencimentos; privilégio é algo que soa estranho, e nenhum magistrado pretende ser tratado de forma privilegiada, mas, em nome da democracia e dos cidadãos brasileiros, que são os principais beneficiados com suas ações, não podem os membros do Judiciário transigir de suas prerrogativas funcionais.

Se hoje pagamos nossas contas, o fazemos de forma espontânea ou seremos forçados por um juiz. Se alguns políticos são obrigados a cumprir as leis, é exatamente por coerção do Judiciário. Se o contribuinte paga em dia uma carga enorme de tributos e impostos, o faz também por temer a determinação do Judiciário, que é o único com autoridade para expropriar os bens do devedor. Se o Governo, maior demandante no Judiciário, cumpre com o seu dever, é por respeito às decisões do magistrado, sob pena, inclusive, de processo por crime de responsabilidade.

Muito se tem falado a respeito de inconstitucionalidade, mas, ao que parece, alguns integrantes do Governo e parte dos Parlamentares da atual situação desconhecem o sentido de tal palavra, pois, caso contrário, agir-se-ia como nos EUA, onde, antes de se votar uma norma, procura-se saber sobre a constitucionalidade da mesma e somente após aval da Suprema Corte de Justiça é que será levada a votação. Parece que alguns Parlamentares desconhecem que o STF exerce o controle de constitucionalidade das normas legais editadas, sendo que na verdade as leis são exatamente como interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal, e o mesmo já acenou com a inconstitucionalidade de diversos dispositivos das reformas que hão de vir.

Por isso, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar com ela liberdades inadmissíveis, mas também não deve ficar surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. Ele se destina a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam.

O maior absurdo de todos é querer, ao que parece, dividir o Poder Judiciário, esquecendo que o mesmo é um Poder da República, e não dos Estados. A jurisdição é uma, apenas havendo subdivisão das atribuições jurisdicionais.

O filósofo grego Aristóteles já advertia:

Assim como o homem é o melhor de todos os animais quando alcança seu pleno desenvolvimento, também é o pior quando se afasta da lei e da justiça.

É bom que se leia o artigo 92 da Constituição Federal, para saber que são órgãos do Poder Judiciário:

o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e juizes federais; os Tribunais e juizes do trabalho; os Tribunais e juizes eleitorais; os Tribunais e juizes militares; os Tribunais e juizes estaduais e do Distrito Federal.

Os juizes de qualquer jurisdição, dentre inúmeros outros impedimentos, não podem concorrer a cargo eletivo, ao contrário dos integrantes dos demais Poderes e funcionários públicos comuns e até mesmo os militares e outros.

É chegado o momento de a sociedade saber da verdade, pois, enfraquecendo-se o Poder Judiciário, na realidade busca-se enfraquecer todo e qualquer cidadão brasileiro, já que este somente terá seus direitos garantidos através de um Judiciário forte e desvinculado dos demais Poderes. Os juizes não precisam nem desejam privilégios. Os mesmos não querem a contratação de apadrinhados e cabos eleitorais. Não necessitam de alimentos à custa dos que pagam tributos. Não querem convocações extraordinárias ou recebimento de horas extras, embora trabalhem em sobrejornada, muitas vezes superior a 15 horas por dia e não uma vez por semana. Não pretendem veículo oficial funcional com segurança para suas esposas e filhos. Não desejam aeronaves funcionais ou passagens aéreas, mesmo a passeio, pagas com o dinheiro público, pois tudo isso considera-se privilégio de uns poucos em detrimento de tantos outros, mas não poderá haver transigência das prerrogativas inerentes à função de *agente público*, inclusive responsável pela lisura das próximas eleições.

"Nenhum magistrado deveria merecer elogios por ser corajoso. É obrigação dele. Dever elementar inerente à sua profissão", diz Walter Ceneviva. De fato, no conceito de Piero Calamandrei, são qualidades do juiz

"a imparcialidade, a resistência a todas as seduções do sentimento, a sua indiferença serena, quase sacerdotal". Assim, comunga-se no princípio de que da dignidade do juiz depende a dignidade do Direito, na medida em que "o direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juizes como homens. No dia em que os juizes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo".

Mauro Capelletti, jurista italiano, adverte para as conseqüências heterogêneas e indefinidas que podem lesar o direito subjetivo público a um juiz independente e imparcial:

a) as pressões exercidas pelo Executivo ou pelo Legislativo; b) a existência de uma relação particular entre o juiz e uma das partes ou o objeto da causa; c) atribuição ao juiz de funções mistas; d) as pressões exercidas por meios de comunicação de massa e por grupos de opinião e de interesse.

Todo magistrado tem o dever de zelar pela integralidade do sistema jurídico que sustenta as relações públicas e privadas e parte, para isto, da certeza de que a infração a uma só norma implica a ruptura de toda a ordem jurídica.

Sendo o juiz diferente de todas as demais categorias profissionais, inclusive dos demais Poderes da República, o mínimo que se espera é que sejam respeitadas as prerrogativas constitucionais de suas funções, dentre as quais a percepção de vencimento digno, para que no futuro não venha a justificativa de que foi subornado ou pressionado por alguém de maior poder econômico. Não pode transigir também de uma pensão digna para a esposa e filhos, pois recentemente se viram dois magistrados perder a vida em plena atividade judicante em face do controle paralelo do crime organizado, que a cada dia ganha força, por inoperância do próprio Estado.

Ao tentarem reduzir os vencimentos dos magistrados e de seus dependentes, nivelando-os por baixo como qualquer outro servidor público, buscam desestruturar o Poder mais confiável da República.

Se pretendem desmoralizar ou acabar com o Poder Judiciário, certamente o Estado Democrático de Direito tem seus dias contados, salvo se pretender utilizar-se de um sistema ditatorial como acontecia anteriormente no Iraque.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE SERVIDÃO - MUNICÍPIO - EXCLUSÃO DA LIDE - ART. 106, II, A, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - NÃO-INCIDÊNCIA - APELAÇÃO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência recursal para julgar apelação interposta em ação ordinária de servidão em que o município foi excluído da lide, pois, neste caso, não incide a norma do art. 106, II, a, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 349.606-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSOON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Ação negatória de servidão - Pedido julgado improcedente e reconvenção, parcialmente, acolhida - Município de Belo Horizonte excluído da lide secundária - Apelação visando à procedência - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, a, da Constituição Estadual.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DA DÚVIDA E DAR PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2003. - Hugo Bengtsson - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento da apelação interposta em ação ordinária negatória de servidão ajuizada por Becker Construções e Comércio Exterior Ltda.

De início, a ação foi proposta contra Condomínio Residencial Santo André, perante vara cível, com inclusão, posterior, em relação processual secundária, em face de denúncia da lide feita pela ré, de Seitec-Serviços de Engenharia e Instalações Técnicas Ltda., Doroteu Augusto Diniz Matos e o Município de Belo Horizonte, passando o feito a tramitar por vara de Fazenda Pública municipal.

Pela decisão de origem (fls. 338/342), a tutela Sentenciante houve por bem excluir da relação proces-

sual, dentre outros, o Município de Belo Horizonte, julgando improcedentes formulados pedidos iniciais e procedente, em parte, postulada reconvenção.

Encaminhados os autos a este egrégio Tribunal de Justiça, a Terceira Câmara Cível declinou da competência para uma das Câmaras Cíveis do colendo Tribunal de Alçada, por entender que, com a exclusão do Município, sem recurso a tal respeito, faleceria competência para julgar aviada apelação (fls. 388/390).

Remetidos os autos àquele conspícuo Sodalício, sua r. Quarta Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, ao fundamento de que, tendo a sentença sido proferida por Juiz de Feitos da Fazenda, a questão posta em debate está a envolver, para o seu exame, competência do egrégio Tribunal de Justiça, à luz do que dispõe o art. 106, II, a, da Constituição Estadual (fls. 410/415), como consta do relatório.

Nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

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

Ora, conforme restou explicitado na parte expositiva, o Município de Belo Horizonte foi excluído da relação processual, decisão não questionada na via recursal pela apelante Becker Construções e Comércio Exterior Ltda., que, aliás, desde o início se insurgira contra postada denúncia da lide (fls. 40).

Deste modo, aqui e agora, o julgamento do recurso não terá, qualquer que seja o ser teor, reflexo algum na esfera jurídica do Município de Belo Horizonte.

O que caracteriza a competência do Tribunal de Justiça, frente à norma constitucional citada e invocada pela própria suscitante, é a presença, no caso, do Município, que foi excluído da relação processual secundária.

Aliás, esse foi entendimento da egrégia Corte Superior deste Tribunal de Justiça, na apreciação da Dúvida de Competência nº 313.167-9/00, em questão semelhante que envolvia o Estado de Minas Gerais.

Com essas razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência da suscitante, Quarta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Alçada, para

onde devem ser encaminhados os autos, com as cautelas de praxe.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Kelsen Cameiro, Isalino Lisboa, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Schalcher Ventura, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluizio Quintão, Reynaldo Ximenes Cameiro, Herculano Rodrigues, Carneira Machado, Almeida Melo, Bady Curi, Corrêa de Marins, José Antonino Baia Borges, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, Nilson Reis e Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DA DÚVIDA E DERM PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA OUTRO DE COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, representado pela Corte Superior, é competente para decidir conflito de competência estabelecido entre a Turma Recursal do Juizado Especial e o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

- A competência para julgamento de recurso interposto contra condenação por crime contra o patrimônio é do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 106, II, *h*, da Constituição Mineira. Caso haja a desclassificação do crime para outro da competência da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal, prorroga-se a competência do Tribunal de Alçada, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 108, § 1º, da Constituição Estadual. Ademais, o art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal é claro ao dispor que a competência do órgão de maior graduação será prorrogada, se houver desclassificação do crime para outro de competência de um juízo menos graduado.

- Após a prolação da sentença, a competência recursal das Câmaras Criminais do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais firma-se pela parte dispositiva daquela, nos termos do art. 42, parágrafo único, *b*, do Regimento Interno do TAMG.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CRIMINAL Nº 317.616-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Conflito de competência - Turma recursal - Tribunal de Alçada de Minas Gerais. - A competência para o julgamento do recurso interposto contra condenação por crime contra o patrimônio é do eg. Tribunal de Alçada, nos termos do art. 106, inc. II, *h*, da Constituição Mineira. - Aplica-se, por analogia, o disposto no art. 106, § 1º, da Constituição de Minas Gerais, prorrogando-se, portanto, a competência do Tribunal de Alçada, caso haja a desclassificação do crime para outro da competência da Turma

Recursal do Juizado Especial. - Após a prolação da sentença, a competência recursal das Câmaras Criminais do TAMG firma-se pela parte dispositiva daquela, em nada influido a esse respeito a pretensão sustentada no recurso interposto (art. 42, parágrafo único, *b*, do Regimento Interno do TAMG). - O art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal é claro ao dispor que a competência do órgão de maior graduação será prorrogada, se houver desclassificação para infração da competência de outro menos graduado.

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 REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TAMG).

Belo Horizonte, 23 de abril de 2003. -
Mercêdo Moreira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Itajubá, em razão do acórdão de fls. 118/128-TA, proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que desclassificou o delito previsto no art. 157, § 2º, inc. II, do CP, imputado ao apelante, para o crime de constrangimento ilegal, tipificado no art. 146 do citado Código, determinando, assim, a remessa dos autos para a Turma Recursal Criminal de Itajubá.

Entende a suscitante que, se um Tribunal desclassifica o delito de sua competência para outro, da competência de Sodalício inferior, deve aquele prosseguir no julgamento.

A douta Procuradoria de Justiça, às fls. 149/151, opina, preliminarmente, pelo não-conhecimento do conflito, posto que o Juiz de 1º grau deve acatar as decisões emanadas da 2ª instância, e, no mérito, pelo seu desacolhimento.

É o relatório.

Analisando a preliminar arguida pela Procuradoria de Justiça.

A preliminar de não-conhecimento do conflito, pelo fato de o Juiz de 1º grau ter que acatar as decisões emanadas da 2ª instância não procede, *data venia*.

É que tal acatamento só seria de obrigação na medida em que a decisão do Tribunal de Alçada, de maior graduação, tivesse sido proferida em grau de recurso interposto, se possível fosse, contra decisão da Turma Recursal do Juizado Especial, órgão de menor graduação, o que não é o caso dos autos.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Inicialmente, é de se ressaltar que este conflito deve ser decidido pelo Tribunal de Justiça, repre-

sentado pela Corte Superior, posto que, envolvendo dois órgãos do Poder Judiciário mineiro, cumpre a este Colegiado, como órgão máximo do Judiciário do Estado de Minas Gerais, julgar o presente conflito.

Conheço, portanto, do conflito.

Não há dúvida de que a competência para o julgamento da apelação interposta pelo acusado é do eg. Tribunal de Alçada.

O processo tramitou perante a Justiça comum, tendo sido o réu, a final, condenado pelo crime previsto no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, cuja competência para o julgamento do recurso é, efetivamente, do Tribunal suscitado, conforme o disposto no art. 106, inc. II, *h*, da Constituição Mineira.

O fato de o egrégio Tribunal de Alçada ter desclassificado o crime para o de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), este, em tese, de competência do Juizado Especial, não tem, *data venia*, o condão de modificar a competência daquele Tribunal.

Com efeito, nos termos desse dispositivo constitucional, a competência do Tribunal de Justiça em matéria criminal fica prorrogada se, em grau de recurso, decidiu desclassificar o crime para outro da competência do Tribunal de Alçada.

Assim, por analogia, pode-se concluir que a competência do Tribunal de Alçada fica prorrogada quando, em julgamento de recurso, decidir pela desclassificação do crime para outro de competência da Turma Recursal do Juizado Especial.

Por outro lado, o próprio Regimento Interno do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao tratar da competência de suas Câmaras Criminais, no art. 42, parágrafo único, *b*, dispõe que:

Art. 42. Compete a cada uma das Câmaras Criminais Isoladas: (...)

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

(...)

b) proferida a sentença, a competência se regeerá pela parte dispositiva daquela, em nada influido a este respeito a pretensão sustentada no recurso interposto.

Conclui-se, portanto, que, nos termos dessa norma regimental, o Tribunal de Alçada é o órgão competente para o julgamento do recurso interposto pelo acusado, independentemente de haver desclassificado o crime para outro da competência do Juizado Especial.

Por fim, o art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal, prevê que:

§ 2º. Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada (grifo deste Relator).

Como se vê do aludido parágrafo, se um Órgão de jurisdição mais graduada, como é o Tribunal de Alçada, desclassifica o crime para infração da competência de um juízo menos graduado, prorroga-se a competência daquele, que deve, pois, esgotar o julgamento, proferindo decisão final.

Com essas considerações, julgo procedente o conflito de competência suscitado, declarando como competente para decidir a questão o egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ora suscitado.

O Sr. Des. Gomes Lima - Com o Relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

Data venia, sempre sustentei que o assessorio segue sempre o principal. E quem julga, como, no caso, o Tribunal de Alçada é o principal, mesmo desclassificando ele continua, como é no Tribunal do Júri, que, desde que não se aceite o crime principal, os jurados continuam a julgar. Não vejo nenhuma novidade.

Os Srs. Desembargadores Aluizio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculan Rodrigues, Almeida Melo, Francisco Figueiredo, Edelberto Santiago, Bady Curi, Corrêa de Marins e Hugo Bengtsson - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. Dou-me por impedido.

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisboa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino e Schalcher Ventura - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (2ª CÂMARA CRIMINAL DO TAMG).

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

ALIMENTOS - ALIMENTANTE QUE MINISTRA NO MERCADO INFORMAL DE TRABALHO - RENDIMENTOS DE DIFÍCIL AFERIÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA - APLICAÇÃO

- A dificuldade de comprovação da renda, em razão da alegada informalidade do trabalho do alimentante, não é obstáculo à concessão e fixação adequada dos alimentos, quando pela teoria da aparência se pode fixá-los.

APelação CÍVEL Nº 308.620-4/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Ação de alimentos - Rendimentos de difícil aferição por ministrar no mercado informal de trabalho o réu - Teoria da aparência.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de junho de 2003. - Francisco Figueiredo - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

Trata-se de uma ação de alimentos proposta por uma menor, devidamente representada, com a singularidade de apresentar inquestionáveis sinais de disfunção do aparelho digestivo, sob controle e assistência médica.

O pai, que paralelamente tem outro filho, descreve suas impossibilidades financeiras, embora esteja assistido por advogado particular. Trabalha no comércio de jóias, com venda a varejo, o que é público e

notório tratar-se de atividade comercial informal. Tal hipótese não chegou a ser abordada na sentença. Só se valorizou a falta de prova, prova esta, bem sabemos, difícil de se comprovar, em razão da alegada informalidade. Para as despesas do réu são, por óbvio, necessários rendimentos que as atendam. Teria sido o caso desta demanda e decisão terem sido tratadas sob a égide da teoria da aparência (veja que a criança tem quarto montado nas casas do réu e roupas próprias para só usar em sua companhia). Psicologicamente, na formação da criança, isto é maléfico, pois a coloca no princípio da dualidade de mando.

Data venia, a ótica que levou à fixação de 70% (setenta por cento) do salário mínimo difere da minha. Não se discute que os pais têm obrigação mútua de sustentar os filhos. Mas 70% (setenta por cento) do salário mínimo é percentual próprio de assalariado pequeno e não de um vendedor. Vendedor que não pode pagar um salário mínimo de

pensão não tem o direito de dizer que é vendedor. Vendedor, na linguagem da classe, ainda mais na informalidade, é um vencedor nato, senão é classificado, ainda pela classe - a que na minha vida tive a honra de pertencer - como mero carregador de pasta, o que é humilhante no meio de seus colegas de profissão.

Entendo que a proposta do Promotor de Justiça - fl. 95 - adequa-se mais à visão que tenho desta demanda, razão pela qual, dou parcial provimento para fixar a pensão em 1 (um) salário mínimo mensal, a partir da citação, ficando, no mais, integra a sentença recorrida.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO - ACOLHIMENTO

- Constatada a existência de contradição no acórdão, os embargos de declaração devem ser acolhidos para a correção necessária.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 248.073-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Embargos de declaração - Contradição. - Constatada no acórdão a existência de contradição, os embargos declaratórios são, parcialmente, acolhidos para a correção necessária.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira 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 ACOLHER, PARCIALMENTE, OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2003. - Garcia Leão - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso.

Batik Equipamentos Ltda. opôs embargos de declaração ao acórdão de fls. 619/633, alegando a existência de contradição. Afirma que:

propôs ação declaratória visando à declaração do direito de compensar créditos de ICMS relativos à entrada de insumos e produtos intermediários utilizados em seu processo produtivo, acrescidos de correção monetária;

portanto, visa a presente ação o reconhecimento do direito aos créditos de ICMS dos produtos utilizados diretamente em seu processo produtivo, e o reconhecimento do direito a que os referidos créditos sejam feitos com correção monetária;

que a ação não tem cunho condenatório;

que o acórdão é contraditório, quando o Relator assim se expressou:

o pedido da apelante é o reconhecimento de seu direito de corrigir monetariamente créditos de ICMS lançados extemporaneamente;

entretanto, os créditos não foram lançados extemporaneamente;

a autora pleiteia o reconhecimento do seu direito aos referidos créditos;

paralelamente, uma vez reconhecido o direito ao crédito, que fosse realizado com correção monetária;

entretanto, não houve pedido de restituição, trata-se de ação declaratória que não tem cunho condenatório, caberá ao contribuinte, se procedente a demanda, com ou sem correção monetária, efetuar o levantamento dos valores de ICMS, efetuando em sua escrita fiscal os respectivos créditos, ressalvada à autoridade fiscal a fiscalização quanto à regularidade dos mesmos, nos termos da decisão judicial obtida;

• que há contradição entre a ementa e os votos dos Des. Francisco Lopes de Albuquerque e Eduardo Andrade.

Com razão a embargante, uma vez que seu pedido é o reconhecimento do direito de efetuar a escrituração extemporânea de créditos, corrigidos monetariamente.

Esse direito lhe é assegurado pela Constituição Federal. Entendo também que a corre-

ção monetária é consequência lógica, tendo sido vencido nesse ponto.

A ementa, portanto, será a seguinte:

Ementa: Tributário - ICMS - Escrituração tardia de créditos. - É direito do contribuinte efetuar, extemporaneamente, a escrituração de créditos de ICMS, relativos à entrada de insumos e produtos intermediários utilizados em seu processo produtivo.

Com esses esclarecimentos, acolho, parcialmente, os embargos, nos termos acima, sem, contudo, alterar o julgado.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM, PARCIALMENTE, OS EMBARGOS.

CONCURSO PÚBLICO - PMMG - CURSO DE FORMAÇÃO PARA CABOS - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA CONCESSIVA - AUTO-EXECUTORIEDADE - SUSPENSÃO DOS EFEITOS - IMPOSSIBILIDADE - DIPLOMAÇÃO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE

- Havendo a impetrante ingressado no curso de formação, relativo ao concurso no qual se inscreveu, amparada por decisão proferida em mandado de segurança, e nele logrando êxito, não pode a autoridade inquinada coatora negar-lhe a diplomação alegando que a decisão daquele outro *mandamus* ainda não transitou em julgado, sob pena de tornar a decisão judicial inócua, o que contraria a natureza da sentença mandamental, que é auto-executória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.300-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Havendo a impetrante ingressado no curso de formação, relativo ao concurso no qual se inscreveu, amparada por decisão proferida em mandado de segurança, e nele logrando êxito, não pode a autoridade inquinada coatora negar-lhe a diplomação, alegando que a decisão daquele outro *mandamus* ainda não transitou em julgado, sob pena de tornar a decisão judicial inócua, o que contraria a natureza da sentença mandamental, que é auto-executória.

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, 07 de abril de 2003. - Edivaldo George - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelada, a Dra. Coromar Sepoles Torres.

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame necessário, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, onde a impetrante alega que, apesar de

haver sido aprovada no curso de formação para Cabos de Auxiliar de Saúde da PMMG, não obteve sua diplomação e consequente promoção, o que entende ser ilegal.

Para a negativa, alega a autoridade rotulada coatora que a impetrante reingressou no curso de formação através de liminar obtida em anterior mandado de segurança, cuja decisão ainda não transitou em julgado.

A segurança foi concedida, ratificando liminar anteriormente deferida, entendendo o inclito julgador singular que a diplomação da impetrante não poderia ficar na dependência do trânsito em julgado da decisão acima referida, eis que não há decisão judicial inócua, pelo que determinou a outorga do título à autora e sua consequente promoção na carreira.

Analizando detidamente a matéria discutida nos presentes autos, vejo que a r. sentença está correta e não merece qualquer espécie de reparos.

Realmente, a diplomação da impetrante, que ingressou no curso de formação do concurso em comento beneficiada por decisão proferida em outro mandado de segurança não pode ficar condicionada ao trânsito em julgado daquela sentença. Como bem asseverado pelo douto julgador singular, a sentença prolatada na seara do mandado de segurança é mandamental, auto-executável, via de consequência, não sendo admissível que fique suspensa, sob pena de tornar-se inócua.

Ensinando acerca da natureza da sentença proferida no mandado de segurança, assim diz o insigne Mestre HELY LOPES MEIRELLES:

A execução da sentença concessiva da segurança é imediata, específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária. (...) A decisão - liminar ou definitiva - é expressa no mandado para que o coator cesse a ilegalidade. Esse mandado judicial é transmitido por ofício ao impetrado, valendo como ordem legal para o imediato cumprimento do que nele se determina, e, ao mesmo tempo, marca o momento a partir do qual o impetrante, beneficiário da segurança, passa a auferir todas as vantagens decorrentes do *writ* (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 14ª edição, Editora Malheiros, São Paulo - 1992, p. 68).

E, pondo uma pá de cal à questão, continua ensinando o consagrado mestre acima citado:

O mandado de segurança tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental,

que repele o efeito suspensivo e protelatório de qualquer de seus recursos. Assim sendo, cumprem-se imediatamente tanto a liminar como a sentença ou o acórdão concessivo da segurança, diante da só notificação do juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou de carta de sentença, ainda que haja apelação ou recurso extraordinário pendente (obra citada, p. 69).

E, para concluir, diz o saudoso mestre:

A provisoriidade da sentença não transitada em julgado só se manifesta nos aspectos que não tolhem a ordem contida na notificação do julgado. Sem esta presteza na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança. Além disso, é de se recordar que para a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança há recurso específico ao Presidente do Tribunal (Lei 1.533/51, art. 13), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico (obra citada, p. 69).

Para culminar, cumpre-me citar, a respeito, a jurisprudência firmada no âmbito do colendo STJ:

Ementa: Processual Civil. Mandado de segurança. Sentença concessiva. Recurso ordinário travestido de efeito suspensivo. Impossibilidade.

- O mandado de segurança não constitui via processual adequada para postular-se a suspensão da execução de sentença proferida em outra ação de segurança.

- A suspensão de sentença deferitória de ação mandamental só é admitida em casos excepcionais e quando requerida por pessoa jurídica de direito público ao presidente do tribunal a que couber o recurso contra a decisão final no mandado de segurança, em havendo grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso manifestado contra decisão concessiva de segurança importaria, por uma via transversa, na sustação da execução da sentença proferida no *mandamus*, providência incompatível com a legislação específica. Recurso improvido, por unanimidade (STJ: RMS nº 1.571/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., DJ de 09.11.1992).

Em face da lição emanada da doutrina acima citada, bem como do aresto supra, concluo que a impetrante tem direito líquido e certo à sua diplomação no curso promovido pela PMMG, sem ter que aguardar o trânsito em julgado da sentença proferida no outro mandado de segurança que impetrou, eis que, acaso aquele feito tenha desfecho que lhe seja desfavorável, a situação anterior poderá ser restabelecida. O que não se pode admitir é a suspensão dos efeitos daquela sentença, sem decisão judicial pertinente, o que a tornaria inócua, contrariando previsão da Lei nº 1.533/51.

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo a bem lançada sentença singular.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - Sr. Presidente. A sentença concessiva do mandado de segurança produz efeitos imediatos e, negar que a impetrada possa participar de ato de formatura seria incongruente,

razão pela qual, confirmo a sentença, nos termos do voto do Relator.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo com o Relator.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

CONVÊNIO - CELEBRAÇÃO ENTRE O MUNICÍPIO E O ESTADO - RECURSOS REPASSADOS - UTILIZAÇÃO INDEVIDA POR EX-PREFEITO - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - MUNICÍPIO - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - ESTADO E MUNICÍPIO - LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE - EX-PREFEITO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - REEXAME NECESSÁRIO - APRECIÇÃO DO MÉRITO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- Legitimado para a ação, no pólo ativo, está aquele que se apresenta na inicial como titular de um direito resistido por outrem. Se após a colheita da defesa e a realização da instrução apurar-se que o autor não é titular daquele direito que se arvora, a hipótese será de improcedência, e não de ilegitimidade ativa *ad causam*, já que as condições da ação restaram intactas.

- A legitimidade ativa e o interesse de agir são atribuídos àquele que precisa acionar a máquina judiciária para o fim de obter um provimento adequado ao atendimento de suas pretensões resistidas por outrem. Assim, o município possui legitimidade ativa *ad causam* e interesse de agir para propor ação visando ao ressarcimento de quantias provenientes de convênio firmado com o Estado, indevidamente utilizadas por ex-prefeito, mormente quando, de tal fato, tenha decorrido a suspensão de repasses de recursos financeiros pelo Estado. E, mesmo que o pedido meritório seja, ao final, julgado improcedente, deve-se reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do município-autor e a legitimidade passiva *ad causam* do ex-prefeito-réu.

- O fato de os recursos transferidos pelo convênio serem originários do Estado não exclui a legitimação deste nem a do município, para propor ação visando ao ressarcimento das quantias indevidamente utilizadas por ex-prefeito.

- Se o juiz de primeiro grau apreciou o mérito, mas declarou que extinguiu o processo sem o apreciar, o julgador de segundo grau não pode se submeter a tal erro de perspectiva, não podendo com ele conformar-se. Em tais circunstâncias, reconhecendo que houve julgamento de mérito e que as ilegitimidades ativa e passiva *ad causam* constatadas na sentença se referem a direito material controvertido, deve-se deduzir pela possibilidade de, em reexame necessário, concluir pela procedência ou improcedência do pedido.

- O cumprimento do avençado em convênio é gerido pelo princípio da especificidade e pela vinculação de seus recursos à atividade objeto de sua celebração. Assim, se os recursos financeiros transferidos por intermédio de convênio, pelo Estado ao município, para o custeio de urgências e emergências de serviços relacionados à área de saúde, foram aplicados em atividade que não atenda à finalidade pactuada, deve-se impor ao responsável pelo não-cumprimento do convênio o ressarcimento ao erário, pois qualquer pessoa que administre interesse de outrem é obrigada a prestar contas e ressarcir eventuais prejuízos.

APelação CÍVEL Nº 275.482-8/00 - Comarca de Mesquita - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Processo Civil - Extinção, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa e passiva *ad causam* - Cassação da r. sentença. - Possui legitimidade ativa *ad causam* o município para pleitear, judicialmente, ressarcimento de suposta malversação de recursos repassados pelo estado. A legitimidade para a ação não enseja, necessariamente, a

procedência do pedido. *In casu*, resta configurada a pertinência temática entre o pedido do autor e a lide trazida a efeito. O fato de os recursos transferidos pelo convênio serem originários do Estado, não exclui a legitimidade ativa deste nem a do município. Legitimação concorrente. No pólo passivo, responde o ex-prefeito por eventual desvio de finalidade na

aplicação de verba repassada por convênio. No mérito. A despeito de a sentença ter extinguido o processo, sem julgamento de mérito, verifica-se que as ilegitimidades ativa e passiva *ad causam*, ali constatadas, eram de direito material controvertido. Portanto, trata-se de verdadeira improcedência do pedido, o que autoriza este egrégio Tribunal de Justiça à análise e julgamento, em reexame necessário, da matéria afeta ao mérito. Assim, restando comprovado o desvio no emprego de verba repassada por convênio, impõe-se a condenação de ex-prefeito ao ressarcimento dos cofres públicos municipais, para que se regularize a situação jurídica entre o município e o Estado de Minas Gerais.

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, CASSAR A SENTENÇA, JULGANDO PROCEDENTE A AÇÃO NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º, DO CPC.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2003. - Brandão Teixeira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 169/171-TJMG, que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, na forma do artigo 267, inciso VI, e § 3º, do CPC, na presente ação ordinária de ressarcimento proposta pelo Município de Santana do Paraíso contra o ex-prefeito Helvécio Matias de Oliveira.

A Municipalidade alegou que o requerido, quando Prefeito do Município de Santana do Paraíso, celebrou o convênio de nº 167/96, com a Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, recebendo o repasse da quantia de R\$30.720,00 (Trinta mil, setecentos e vinte reais) para o cumprimento do avençado no convênio. Ocorre que, segundo o autor, o ex-prefeito deixou de aplicar os recursos financeiros advindos do convênio, existindo, ainda, diversas irregularidades na prestação de contas, o que causou diversos prejuízos ao erário municipal. Ao final, requereu a condenação do réu ao pagamento do repasse da verba repassada pelo convênio, para, assim, regularizar sua inadimplência com o Governo Estadual.

O requerido não teve sua contestação juntada aos autos. O despacho de fl. 121-TJMG decidiu pela

intempestividade da peça de defesa. Contra ele foi interposto agravo retido às fls. 122/125-TJMG, no entanto, o culto Magistrado da causa manteve-a.

Posteriormente, o ex-prefeito pugnou pela realização de perícia contábil, que lhe foi indeferida à fl. 150-verso-TJMG, e que desafiou outro agravo retido às fls. 155/157-TJMG.

As testemunhas arroladas pelo réu, que dispensou as respectivas intimações, não compareceram à audiência designada.

O Ministério Público Estadual, no parecer de fls. 163/167-TJMG, ressaltou, preliminarmente, a legitimidade *ad causam* das partes envolvidas, bem como o interesse jurídico do município em se ressarcir de eventuais desvios de verbas advindas do convênio, já que o mesmo está sendo responsabilizado, conforme ofício de fl. 07-TJMG. No mérito, o ilustre parecerista opinou pela improcedência do pedido, ao fundamento de que o autor não produziu provas suficientes capazes de comprovar a culpa ou o dolo do requerido, impossibilitando, assim, um juízo de certeza sobre o uso, ou eventual desvio, das verbas repassadas pelo Convênio nº 167/96.

O MM. Juízo monocrático extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, na forma do artigo 267, VI e § 3º, do CPC, reconhecendo a ilegitimidade ativa *ad causam* da Municipalidade. Para tal, asseverou que, existindo desvios de verbas de convênio entre o ente municipal e o Estado de Minas Gerais, a legitimidade para pleitear o ressarcimento do erário seria do ente estadual (fls. 169/171-TJMG).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 180/183, opinou pela reforma da r. sentença de 1ª instância e, por conseguinte, pela procedência do pedido inicial.

Presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade, conheço do reexame necessário.

Do agravo retido de fls. 122/125-TJMG.

O requerido interpôs agravo retido da decisão de fl. 121-TJMG, que indeferiu a juntada da contestação, diante da intempestividade da mesma.

Extrai-se dos autos que, entre a juntada do mandado de citação, em 17.12.1997, e a apresentação de contestação, em 25.08.1998, decorreu prazo muito superior ao de resposta, previsto pelo artigo 297 do CPC.

Assim, impõe-se o conhecimento do agravo retido para negar-lhe provimento e, por conseguinte, deixar de apreciar a contestação transcrita na irresignação recursal.

Do agravo retido de fl. 155-TJMG.

O requerido insurge-se contra o indeferimento do pedido de realização de perícia contábil, argumentando a necessidade de informações contábeis para instruir a ação, e que o indeferimento da prova pericial enseja prejuízos para a defesa.

Com o devido respeito às fundamentações insertas no presente agravo retido, depreende-se dos autos que a documentação arrolada, por si só, é suficiente para determinar o julgamento da lide. A análise sobre o cumprimento ou não do Convênio de nº 167/96 prescinde de perícia contábil.

Assim, se a matéria *sub judice* se cinge à apreciação e julgamento de emprego de recursos financeiros destinados ao Município de Santana do Paraíso, para atendimento de urgência e emergência, tem-se por desnecessária a realização de perícia contábil.

Forte nesses argumentos, conhece-se do presente agravo retido para lhe negar provimento.

Da ilegitimidade passiva e ativa *ad causam*.

O cerne da questão é verificar se o autor é parte legítima ou não para propor a ação (legitimidade *ad causam*). Em linhas gerais, legitimado para a ação, o pólo ativo está aquele que se apresenta na inicial como participante de um litígio, ou seja, como titular de um direito resistido por outrem. Se após a colheita da defesa e a realização da instrução se apura que o autor não é titular daquele direito que se arvora, a hipótese será de improcedência, e não de ilegitimidade *ad causam*, já que as condições da ação restaram intactas.

Sobre o instituto, colacionamos os ensinamentos de LIEBMAN:

Por último, legitimação (ou legitimidade *ad causam*) é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda. Toda vez que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer um o poder, de dirigir-se ao juiz para que intervenha e imponha o império da lei. Aquele a quem a lei atribui esse poder, aquele em face de quem o pedido pode ser feito é que são as pessoas legítimas. Em geral, na ausência de dispo-

sições especiais, são elas os próprios titulares dos interesses em conflito; às vezes, são também terceiros, aos quais a lei outorga legitimação concorrente ou subordinada (*in Estudos*, p. 126/127).

Não se pode correlacionar a legitimidade para a ação com a procedência do pedido, que é matéria afeta ao mérito.

O chefe do Executivo tem, dentre tantas funções, a de gerir os recursos públicos, que podem ser provenientes de arrecadação de impostos, taxas, repasses de verbas e convênios. Os recursos originários de convênio são regidos pelo princípio da especificidade e pela vinculação à atividade objeto de sua celebração.

Verifica-se, na hipótese versada nos autos, que ao tempo em que o requerido era Prefeito do Município de Santana do Paraíso, foi celebrado o Convênio nº 167/96 com a Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, que no cumprimento do avençado, repassou os recursos financeiros para realização do objeto. O Município alegou que a malversação dos referidos recursos lhe vem causando prejuízos, porque sua situação em face do Estado de Minas Gerais é de inadimplência. Tal fato vem-lhe causando restrições ao recebimento de novos recursos estaduais.

A falta de regularização na prestação de contas junto ao Estado está devidamente comprovada, através de informações da Superintendência de Finanças acostadas à fl. 144-TJMG.

Se os recursos se originaram do Estado de Minas Gerais, é manifesto seu interesse em fiscalizar a aplicação dos recursos financeiros advindos dos convênios com a entidade contemplada. Como é evidente, a prestação de contas e o ressarcimento a cofres públicos, quando se trata de convênio envolvendo Estado e município, tem-se a legitimidade e o interesse concorrente e simultâneo entre o Estado e o município.

No entanto, *in casu*, não há notícias nos autos de que o Estado de Minas Gerais estaria exercendo seu direito de ingressar em juízo para questionar a regularidade ou não no cumprimento do convênio, hipótese em que devia deduzir sua ação contra o município. Ainda que ocorresse tal hipótese, é perfeitamente possível que o Município de Santana do Paraíso (autor) interpele judicialmente seu ex-prefeito e que o acione em juízo para obter condenação no ressarcimento do prejuízo. Enfim, é obrigada a prestar contas e ressarcir prejuízos qualquer pessoa que administre interesse de outrem. O Prefeito encontra-se em tal situação em relação ao Município que foi administrado por ele.

Sobre a matéria, este e. Tribunal de Justiça proferiu:

Ementa: Processo Civil - Município - Convênio com o Estado - Utilização indevida dos recursos - Ação de ressarcimento movida contra ex-prefeito - Legitimidade ativa *ad causam* e interesse de agir do Município. - O Município possui legitimidade ativa *ad causam* e interesse de agir ao propor ação visando ao ressarcimento de quantias indevidamente utilizadas por ex-prefeito, quando, de tal fato, tenha decorrido a suspensão de repasses de recursos financeiros pelo Estado (TJMG. 3ª Câmara Cível. Reexame Necessário nº 201.529-5/00, Relator Des. José Antonino Baia Borges. Pub. 04.05.2001.)

Mutatis mutandis, o egrégio Superior Tribunal de Justiça julgando caso semelhante, porém envolvendo recursos financeiros repassados por convênio entre a União e Município assentou:

Ementa: Processo Civil. Conflito de Competência. Ação de ressarcimento contra ex-prefeito municipal, por suposta malversação. Recursos originários do tesouro federal. Não-manifestação de interesse da União em ingressar no feito. Competência da Justiça Estadual. - Em ação de ressarcimento movida contra ex-prefeito municipal, visando reaver recursos supostamente malversados e que teriam origem em convênio firmado com a União, não havendo esta manifestado interesse em ingressar no feito, remanescendo apenas como partes o Município autor e o ex-titular da Prefeitura, a competência *ratione personae*, é do Juízo Estadual (grifo nosso) (STJ, Conflito de Competência nº 22.0022/PB, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, Data do DJ de 1ª.02.99.)

A legitimidade ativa e o interesse de agir são atribuídos àquele que precisa acionar a máquina judiciária para o fim de obter um provimento adequado ao atendimento de suas pretensões resistidas por outrem.

Em linguagem afeiçoada às teses de Liebman, tem-se um litígio que envolve o município e a pessoa do ex-prefeito sobre o manuseio, emprego e utilização de recursos públicos, dizendo-se aquele prejudicado pela conduta deste, pretendendo dele obter reparação dos prejuízos respectivos. Diante da resistência do ex-prefeito em cobrir espontaneamente tais prejuízos, o Município levou sua pretensão ao Judiciário expondo-a e dando-lhe as feições de lide a ser decidida pelo juízo. Como o Município e o ex-prefeito são partes de tal litígio e sujeitos aos pólos subjetivos da lide descrita na inicial, são eles partes do processo que se formou em juízo para servir de meio à composição da lide, relativas às contas da gestão, gerência ou administração do ex-prefeito.

Por derradeiro, cabe ressaltar que eventual interesse do Estado em exigir administrativamente ou judicialmente que o município devolva os recursos financeiros repassados pelo convênio, não impede que a municipalidade exija, em juízo, ressarcimento de danos de que alega haver padecido.

Portanto, mesmo que o pedido meritório seja, ao final, julgado improcedente, não se pode deixar de reconhecer ao Município-autor a sua legitimidade ativa *ad causam* e ao ex-prefeito-requerido a legitimidade passiva *ad causam*.

Conclusão.

Ex positis, em reexame necessário, cassa-se a r. sentença monocrática, retomando a seguir a análise e julgamento do mérito, porque a ação se encontra devidamente instruída e madura para o seu julgamento que, inclusive, já foi objeto de análise e julgamento em sentença de 1ª instância, como se demonstrará abaixo.

Do mérito.

Em sua inicial, o Município-autor afirmou ter suportado prejuízos por alegada irresponsabilidade objetiva do réu, por não cumprir obrigações constantes de convênio firmado com o Estado de Minas Gerais, e, por isso, requereu que o réu fosse condenado a ressarcir a importância de R\$30.720,00 (trinta mil, setecentos e vinte reais).

O douto Juiz sentenciante entendeu que, enquanto não houver prestação de contas, inexistia obrigação de ressarcir, e que, por isso, não havia "que se falar nesta oportunidade em ressarcimento" (*sic* fl. 170). Enfim, o ilustre juiz sentenciante entendeu que o autor não tinha direito ao ressarcimento que pretendia, embora pudesse ter o direito a obter prestação de contas pelo réu. Em outras palavras, foi negado o direito de obter, ressarcimento, por se entender que, enquanto não prestadas as contas e apurado o saldo devedor contra o réu, não havia direito ao ressarcimento. Forçosamente, o direito ao ressarcimento pretendido foi negado e, a despeito de o douto Juiz ter concluído por ilegitimidade ativa e passiva, estas já afastadas como dito alhures, na verdade julgou o mérito, decidindo pela improcedência do pedido.

Em conclusão, sob qualquer ponto de vista em que se analisem os fundamentos lançados na motivação da sentença, chega-se à conclusão de que houve apreciação do mérito da demanda, e que, o julgamento da ação, com a devida vênia, confundiu ilegitimidade de agir, ou seja, direito de formular pedido de

ressarcimento de natureza e índole processual, com a falta de fundamento legal de direito material, da própria obrigação de ressarcir, da qual o Município-autor se diz credor.

Se o Juiz de 1º grau apreciou o mérito, mas declarou que extinguiu o processo sem o apreciar, o julgador de 2º grau não se submeterá a tal erro de perspectiva e com ele não se conformará. Em tais circunstâncias, reconhecendo que houve julgamento de mérito e que a ilegitimidade, constatada na sentença, era da relação de direito material controvertido, deve concluir pela possibilidade de, em reexame necessário, concluir pela procedência ou improcedência do pedido.

Com efeito, a prestação de contas do Município para o Estado de Minas Gerais foi recusada na esfera administrativa, porque apresentava "diversas irregularidades, o que torna a prestação de contas indevida, ocasionando assim, de acordo com a legislação vigente, a devolução dos recursos à SES" (*sic*, documento de fl. 07).

O pedido de ressarcimento dos cofres públicos decorre da utilização das verbas advindas do Convênio de nº 167/1996, que em sua cláusula primeira determina: "O presente Convênio tem por objeto a transferência de recursos financeiros ao município, para custeio, visando ao atendimento de urgência e emergência" (original sem grifo).

Assim, a realização e o cumprimento do avençado em convênio são geridos pelo princípio da especificidade e pela vinculação de seus recursos à atividade objeto de sua celebração. Nesse sentido, a vinculação da verba com relação ao cumprimento do convênio restou pactuada na cláusula quarta, item 2.1.

O objeto que ensejou a transferência de recursos à Municipalidade era o atendimento de urgência e emergência, tratando-se de finalidade específica, que retira a discricionariedade no emprego da verba destinada. Tem-se uma exigência que vincula o administrador público na prática dos atos administrativos, envolvendo a aplicação da verba destinada pelo convênio.

In casu, o ex-Prefeito do Município de Santana do Paraíso efetuou a compra de medicamentos como A.A.S, Nizoral, Dipirona, dentre outros, conforme se infere dos documentos de fls. 43/113-TJMG. Utilizando-se da presunção *hominis* prevista no artigo 335 do CPC e atendo-se ao objeto do convênio, ou seja, atendimento de urgência e emergência; conclui-se que as compras efetuadas

com o repasse das verbas não atendeu à finalidade pactuada com a Secretaria Estadual de Saúde. Por certo, tais irregularidades determinaram a situação de irregularidade do Município junto ao Estado de Minas Gerais, na forma do artigo 07-TCMG.

Demais disso, se a atividade administrativa estava vinculada à satisfação do atendimento de urgência e emergência, inexistindo o cumprimento da obrigação, o Judiciário não pode admitir que o emprego da verba de repasse tenha sido destinada à finalidade diversa da fixada no convênio em comento.

Portanto, a situação de irregularidade do Município de Santana do Paraíso junto ao Estado de Minas Gerais há que ser reparada e, para tal, há que se impor ao ex-prefeito, responsável pelo não-cumprimento do Convênio de nº 167/96, o ressarcimento ao erário.

Entendimento semelhante restou exarado no i. parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, à fl. 182, *in verbis*:

Tendo de ressarcir esses recursos, possui o Município legitimidade para, em ação de regresso, ser reparado pelos danos ocasionados pela conduta do ex-prefeito, que, tendo a obrigação de prestar as contas referentes aos convênios firmados, não o fez devidamente, apresentando as contas prestadas diversas irregularidades. Ademais, não apresentou o ex-prefeito contestação no prazo legal e, portanto, provas que pudessem elidir a sua responsabilidade.

Com tais considerações conclui-se pela procedência do pedido inicial para que a atual Administração destine a verba recuperada no atendimento de urgência e emergência, extremamente importante para a população que tantas vezes vem ao Judiciário clamando por determinações judiciais de providências no sentido de internar alguém, em situação de urgência e emergência. É para atender a tais hipóteses que tais recursos são repassados, por convênios aos municípios.

Conclusão.

Pelo exposto, em reexame necessário, afastam-se as ilegitimidades ativa e passiva *ad causam* verificadas na 1ª instância, para condenar o requerido a recolher aos cofres públicos municipais a importância de R\$30.720,00, corrigidos monetariamente, conforme índice determinado pela d. Corregedoria-Geral de Justiça/MG, desde o efetivo desembolso da verba utilizada. Quanto ao juro de mora, aplica-se o índice de 0,5% ao mês, a partir da citação do requerido, facultando-lhe deduzir da condenação valores que

efetivamente tenham sido aplicados em urgência e emergência, na forma do Convênio nº 167/96, conforme se apurar em execução.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa e custas processuais pelo requerido.

EXECUÇÃO - FIRMA INDIVIDUAL E PESSOA FÍSICA DO COMERCIANTE - AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE AMBAS - EXECUTADO - EMBARGOS DE TERCEIRO - VIA INADEQUADA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - PENHORA DE IMÓVEL EM CONDOMÍNIO - CONDÔMINOS ESTRANHOS À EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - ADMISSIBILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - RESTRIÇÃO AOS CASOS EXPRESSOS NA LEI Nº 8.009/90 - IMÓVEL QUE NÃO CONSTITUI RESIDÊNCIA DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE AFASTADA

- A firma individual é mera ficção jurídica, ou seja, nada mais é que a própria pessoa física do comerciante que a constitui, visto que o patrimônio de ambas se confunde, sendo o seu nome o mesmo do comerciante. Dessa forma, numa execução contra a firma individual, deve ser rejeitada a alegação de que o bem penhorado é de propriedade da pessoa física, e não da referida firma individual.

- O processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, I, c/c art. 295, V, do CPC, se aquele que, como parte na execução, pretendendo desconstituir a penhora incidente sobre o seu patrimônio, maneja embargos de terceiro, pois, nesse caso, caberiam embargos à execução.

- Se um terceiro arremata fração ideal ou parte de um imóvel indivisível e procede à extinção do condomínio, os demais condôminos que não sejam parte na execução estão legitimados a opor embargos de terceiro para desconstituir a turbação ou esbulho judicial de seus bens decorrente da penhora.

- A teor do art. 1º da Lei nº 8.009/90, considera-se bem de família, para fins de impenhorabilidade, o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Dito imóvel não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges, pelos pais ou pelos filhos que sejam seus proprietários e nele residam. Somente se encontra protegido pela impenhorabilidade o imóvel que constitua residência do executado-devedor, bem como de sua família, aqui compreendidos seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, nos termos daquele dispositivo. A lei, que tem caráter protetivo e excepcional, não estabelece qualquer benefício em favor de residência de tios ou irmãos do executado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 294.021-1/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Firma individual e pessoa física do comerciante - Pretensão de distinção dos patrimônios, para fins de dívidas tributárias - Inadmissibilidade. - A firma individual é uma mera ficção jurídica. Nada mais é do que a própria pessoa física do comerciante que a constitui, visto que o patrimônio de ambas se confunde, sendo o seu nome o mesmo do comerciante. - Execução fiscal - Embargos de terceiro - Penhora que recai sobre fração ideal do imóvel, que não constitui a residência do executado, de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes - Impenhorabilidade afastada. - Para efeitos da Lei nº 8.009/1990, considera-se bem de família, para fins de impenhorabilidade, "o imóvel residencial próprio do

casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei" (art. 1º). Somente se encontra protegido pela impenhorabilidade, portanto, o imóvel que constitua a residência do executado devedor, bem como de sua família, aqui compreendidos, a teor do dispositivo legal supracitado, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes. A lei, de caráter protetivo e excepcional, não estabelece qualquer benefício em favor da residência de tios ou irmãos do executado.

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

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CAS-
SARAM A SENTENÇA, JULGANDO PROCEDENTE
A AÇÃO NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º, 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.

Belo Horizonte, 15 de abril 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 de embargos de terceiro aforada por Maria Lucy Salles de Oliveira, Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi e Maria Cristina D'Alessandro Oliveira contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou as embargantes carecedoras de ação e, por consequência, decretou a extinção do processo, com espeque no art. 267, VI, do CPC, isentando-as do pagamento das verbas sucumbenciais, porque litigam sob o pálio da gratuidade judiciária (fls. 65/66).

Inconformadas, insurgem-se as embargantes contra a sentença, alegando que a embargante Maria Cristina D'Alessandro Oliveira não é carecedora de ação, porque o imóvel construído é a casa de morada daquela pessoa e, também porque a execução dirige-se contra a firma individual, que é "pessoa jurídica", distinta da pessoa física. Quanto às demais embargantes, alega que, mesmo excluídos os quinhões a elas pertencentes, deve-se considerar que o imóvel penhorado é indivisível, não podendo ir a leilão senão no total, o que importará a perda da sua residência. No mérito, reafirmam que o imóvel penhorado é residência das apelantes, sendo o único imóvel residencial de sua propriedade (fls. 68/74).

A Fazenda Pública Estadual ofertou as contra-razões de fls. 76/81, pugnando pelo desprovinimento do apelo.

Desnecessária a intervenção ministerial, na forma da Súmula nº 189/STJ.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Preliminar de carência de ação da embargante Maria Cristina D'Alessandro Oliveira.

Conforme se depreende dos autos do processo executivo em apensado, a Fazenda Pública do

Estado de Minas Gerais aforou execução fiscal contra Maria Cristina D'Alessandro Oliveira, pretendendo haver a quantia de R\$2.732,98 (dois mil, setecentos e trinta e dois reais e noventa e oito centavos), a título de multa decorrente de não-apresentação dos Documentos de Apuração e Informação de ICMS (DAPI's) nos meses de março e abril de 1995, bem como créditos de ICMS, declarados e não pagos pelo próprio contribuinte, no período de março de 1995 a fevereiro de 1996.

Alega a executada, tanto nestes embargos de terceiro como também nos embargos à execução em apenso, que a execução não poderia atingir seu patrimônio, porque se trata de dívidas da firma individual, pessoa jurídica distinta da pessoa física do comerciante.

Razão não lhe assiste, contudo.

Como é por demais sabido, a firma individual é uma mera ficção jurídica. Nada mais é do que a própria pessoa física do comerciante que a constitui, visto que o patrimônio de ambas se confunde, sendo o seu nome o mesmo do comerciante.

Em conformidade com tais argumentos, a jurisprudência já assentou:

Ementa - Embargos à execução - Firma individual - Arguição de nulidade da penhora ao argumento de que o título executivo é de emissão da pessoa física e não da jurídica - Inadmissibilidade. - Confundindo-se pessoa física e pessoa jurídica, quando se trata de firma individual, não pode se socorrer a parte da alegação de que o bem penhorado é de propriedade da empresa (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Civ. 269.161-6, Sexta Câmara Civil, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, julg. em 08.04.1999).

Ementa - Ação de indenização. Legitimidade ativa *ad causam*. Comerciante. Pessoa física e firma individual. Ausência de distinção entre ambas. Personalidade jurídica inexistente. - A firma individual é a expressão da personalidade do comerciante, mas nem por isso dele se distingue, uma vez que o comerciante individual não constitui pessoa jurídica, não havendo, portanto, separação entre o patrimônio pessoal do titular e o patrimônio da empresa. Apenas para efeitos tributários tem-se empregado a denominação pessoa jurídica, por mera ficção, o que é impróprio, visto que não há distinção entre a pessoa física ou natural do empresário e a sua firma individual (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Civ. 281.763-4, Quarta Câmara Civil, Rel. Juíza Maria Elza, julg. em 08.09.1999, in *RJTAMG*, 76/77, p. 169).

Se a embargante Maria Cristina D'Alessandro Oliveira é parte na execução, deveria manejar embargos à execução, e não embargos de terceiro,

se pretende desconstituir a penhora incidente sobre parte de seu patrimônio.

Inequivoca, portanto, a impropriedade da via processual eleita, devendo portanto a inicial ser indeferida e o processo extinto, quanto a ela, sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, I, c/c art. 295, V, ambos do CPC.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo, neste aspecto, para manter a decisão que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, em face da embargante Maria Cristina D'Alessandro Oliveira.

Embargos de terceiro - Penhora que incide em fração ideal de imóvel em situação de condomínio.

Havendo sido citada a executada Maria Cristina D'Alessandro Oliveira e não tendo esta pago a dívida nem oferecido bens em garantia do juízo (v. certidão de fl. 15-verso, dos autos do processo executivo em apenso), requereu a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais fosse penhorado 1/12 (um doze avos) do imóvel localizado na Rua Tiradentes, nº 105, Centro, Varginha (MG) (v. fls. 17/18, dos autos do processo executivo em apenso). A fração de 1/12 deste imóvel coube à executada em razão da sucessão de Hercy Salles de Oliveira, mas coube também a Maria Lucy Salles de Oliveira (tia), Maurício Fabiano de Oliveira (tio) e Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi (irmã).

Conforme documento de fls. 22/27, por partilha amigável homologada por sentença, couberam a Maria Lucy Salles de Oliveira 08/12 (oito doze avos) do imóvel; a Maurício Fabiano de Oliveira couberam 02/12 (dois doze avos); a Maria Cristina D'Alessandro Oliveira e Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi, coube 01/12 (um doze avos) para cada uma.

Daqueles herdeiros, segundo a certidão imobiliária de fl. 18, *somente Maria Lucy Salles de Oliveira, tia da executada, é que residia no imóvel*. Isso também é o que consta da certidão de fl. 60, dos autos em apenso, lavrada pelo zeloso Oficial de Justiça Paulo Celso de Souza, valendo ressaltar que, segundo esta mesma certidão de fl. 60, a executada Maria Cristina D'Alessandro Oliveira residiria na Avenida Major Venâncio, nº 167, Centro, em Varginha.

Em que pese o pedido expresso da exequente de que a penhora recaísse em fração ideal de apenas 1/12 do imóvel, por erro, não provocado pela credora, penhorou-se todo o imóvel (fl. 55, dos autos do processo executivo em apenso). Mas a própria FPE, prontamente, requereu fosse reduzida a penhora à

fração do imóvel que pertence à executada, o que foi deferido pelo d. Juízo monocrático (fls. 57 e 58, dos autos em apensado). Também o Cartório de Imóveis registrou que a penhora alcançaria apenas 1/12 do imóvel, conforme certidão de fl. 64-verso.

Pois bem: embora a penhora tenha recaído apenas sobre 1/12 do imóvel, que é a parcela que pertenceria à executada, este fato, por si só, não retira o interesse das demais embargantes de se oporem à constrição incidental sobre o imóvel, que detêm em condomínio.

Com a devida vênia do d. Juízo sentenciante, havendo um condomínio de fato, onde cada titular de parte ideal tem, na verdade, uma parte ideal do todo, e não uma parte ideal destacável, não há como afastar a conclusão de que a penhora atinge também a cota-parte de cada um dos condôminos.

Dessa forma, sendo as embargantes Maria Lucy Salles de Oliveira e Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi pessoas estranhas à execução fiscal movida contra Maria Cristina D'Alessandro Oliveira, estão as mesmas legitimadas para aforar embargos de terceiro, visando desconstituir a turbação ou esbulho judicial de seus bens decorrente da penhora.

Mas embora estejam as embargantes legitimadas *ad causam*, o pedido deduzido, quanto ao mérito, deve ser repellido.

Alegam as apelantes que, recaindo a penhora em fração ideal de imóvel indiviso, se um terceiro arrematar aquela parte e proceder à extinção do condomínio, a apelante acabará se vendo despojada de sua única residência.

Esta tese somente aproveitaria à embargante Maria Lucy Salles de Oliveira, tia da executada, única condômina que reside no imóvel construído, conforme acima exposto.

Para efeitos da Lei nº 8.009/1990, considere-se bem de família, para fins de impenhorabilidade,

o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei (art. 1º).

No caso dos autos, o imóvel não é a residência da executada devedora, menos ainda de sua família, aqui compreendidos, a teor do dispositivo

legal supracitado, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes.

A lei que prescreve a impenhorabilidade de bens, de natureza protetiva e excepcional, não estabelece qualquer benefício em favor da residência dos tios e irmãos do devedor, o que conduz, inexoravelmente, à improcedência do pedido inicial.

Em caso absolutamente análogo, já decidiu o eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Ementa - Embargos de terceiro - Penhora em parte de imóvel residencial comum - Nova propriedade - Condômino residente no imóvel - Irmão do devedor - Bem de família não caracterizado.

- A Lei 8.009/90, que dispõe acerca do bem de família, considera excluído da penhora o imóvel residencial quando próprio do casal, ou da sua entidade familiar, comunidade também compreendida pelos pais e pelos descendentes do devedor, desde que utilizado para moradia permanente, preconizando que referido bem não responderá por qualquer tipo de dívida, afora as excluídas na lei, contrária pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

- Assim, se a entidade familiar que mantém residência própria no imóvel, que teve fração ideal penhorada, é do irmão do devedor, não sendo, pois, constituída por entes protegidos pela lei, não há de se reconhecer a impenhorabilidade do bem, mesmo que em se tratando de imóvel em comum e indivisível (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Civ. 337.944-0, Terceira Câmara Civil, Rel. Juiz Duarte de Paula, julg. em 22.08.2001, in *RJTAMG*, 84/163).

E do judicioso voto do eminente Juiz Duarte de Paula, que peço vênha para incorporar às presentes razões de decidir, colhe-se:

A impenhorabilidade de bens é matéria de exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Esta está restrita a casos previstos em lei ou institutos jurídicos em que a sua aplicação se faz necessária. Nesse sentido, a impenhorabilidade do bem de família serve apenas para proteger o único patrimônio da entidade familiar, tendo, portanto, uma finalidade estritamente social e protetiva. Porém, a impenhorabilidade de bens imóveis há que ser interpretada restritivamente, sob pena de se patrocinar a inadimplência das dívidas legalmente constituídas.

Conquanto a impenhorabilidade do bem de família seja a finalidade precípua da Lei 8.009/90, que visa proteger a entidade familiar, considerando-se como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e

seus descendentes (art. 226, § 4º, da Constituição Federal), verifica-se que, no caso dos autos, os apelantes mantêm posse do bem penhorado, nele mantendo a própria residência, mas não são pais e nem constituem descendentes do devedor, para entender presente, portanto, o pressuposto exigido pelo diploma legal em estudo para a concessão do benefício.

(...)

O fato de não residir o devedor, seu pai ou seus filhos no citado imóvel, torna lícita a medida constritiva que recaia sobre a parte deste imóvel pertencente ao executado, mesmo estando destinado à residência da entidade familiar de um dos condôminos.

A teor do art. 1º da Lei 8.009/1990, a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor deve ser declarada quando efetivamente sirva de residência da sua entidade familiar, compreendida apenas pelo devedor, seu cônjuge, seus pais ou seus filhos, aí não estando incluídos os tios e os irmãos.

Portanto, a circunstância de um dos proprietários, membro da família do devedor, no caso o irmão do executado residir no imóvel penhorado, não lhe estende e nem o caracteriza como bem de família, posto que a comunidade familiar que nele reside não é formada por pais ou descendentes do devedor, donde não lhes estender o direito à impenhorabilidade, como bem reconheceu a decisão objurgada.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso, também no que toca ao reconhecimento da impenhorabilidade da penhora das cotas-partes do imóvel pertencentes a Maria Lucy Salles de Oliveira e Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi.

Conclusão.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a r. sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, quanto à embargante Maria Cristina D'Alessandro Oliveira, bem como para julgar improcedente o pedido de declaração de impenhorabilidade das cotas-partes do imóvel pertencentes às condôminas Maria Lucy Salles de Oliveira e Ana Maria D'Alessandro Oliveira Bruzzi.

Custas, pelas apelantes.

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

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

ENERGIA ELÉTRICA - FORNECIMENTO CONDICIONADO AO PAGAMENTO DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO DE ADESAO - IMPOSSIBILIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EFEITO *ERGA OMNES*

- O contrato entre o consumidor de energia elétrica e a Cemig é um contrato de adesão e, como tal, não pode ser unilateralmente modificado, conforme se depreende do art. 51, XIII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Assim, a Cemig não pode vincular a continuidade do fornecimento de energia ao pagamento da taxa de iluminação pública, se o consumidor, ao contratar o serviço, não aderiu a nenhuma cláusula que permitisse tal vinculação.

- A sentença em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, atingindo, assim, a esfera jurídica de todos que estiverem, de alguma forma, envolvidos na matéria objeto da referida ação. Portanto, a decisão proferida em ação civil pública que determina à Cemig a abstenção de cobrar a taxa de iluminação pública junto com a conta de energia vale para todos os municípios em que a Cemig faz a cobrança de referido tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 295.465-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A Cemig não pode vincular a continuidade da prestação do seu serviço (fornecimento de energia) ao pagamento de uma taxa que não tem nenhuma relação com ela.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - Carreira Machado - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do reexame necessário em virtude do art. 475, I, do CPC e dos recursos voluntários porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação civil interpostos pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais e Município de Belo Horizonte contra a sentença de fls. 206-209, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte, que, em ação civil coletiva movida pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais contra a Cemig-Cia. Energética de Minas Gerais, objetivando a declaração de ilegalidade do condicionamento do fornecimento de energia ao pagamento da taxa de iluminação pública e que os valores cobrados sejam

devolvidos em dobro, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a ilegalidade do procedimento, mas sem condenar à devolução dos valores em dobro.

O Movimento das Donas de Casa e Consumidores, em suas razões recursais (fls. 219-227), sustenta que as sentenças, em ações coletivas, a teor do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, têm efeitos *erga omnes* e que por isso o provimento jurisdicional não pode ater-se apenas ao Município de Belo Horizonte; que são devidos os honorários; que os valores cobrados indevidamente devem ser devolvidos em dobro, nos termos do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta o Município de Belo Horizonte (fls. 229-245) que o Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais não tem legitimidade ativa para a presente ação, que versa sobre obrigação tributária; e que há nulidade da sentença em face da incompetência do Juízo.

A ação proposta pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais visa a obter declaração de ilegalidade da prática adotada pela Cemig de condicionar o fornecimento de energia elétrica ao pagamento de taxa de iluminação pública.

O autor detém legitimidade para defender direitos individuais homogêneos, como os de que tratam estes autos, conforme dispõe o art. 82, IV, do referido código, entendimento este já adotado neste Tribunal no julgamento da Apelação Civil nº 158.148-7, Relator o Des. Campos Oliveira, partes o Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais e outros e a Copasa, envolvendo questão semelhante, em que o processo havia sido extinto por ilegitimidade ativa, quando se decidiu que:

Ementa: Ação civil coletiva - Legitimidade *ad causam* - Se dois dos autores desenvolvem sua atividade em todo o Estado de Minas, têm legitimidade para figurar no pólo ativo da ação, devendo o mérito ser enfrentado.

No seu voto, o Relator consignou que:

Além disso, observo que as autoras não discutem o tributo em si, sua validade e o seu valor, de modo que não há que se falar na existência de 'relação tributária, não de consumo', como ressalta a sentença vergastada.

Na realidade, as autoras se insurgem apenas contra o convênio que permitiu à ré tornar-se coletora de tributo dos Municípios, livrando-os de fazer a sua inscrição na dívida ativa e propor sua execução, sem se sujeitar aos ônus de uma demanda judicial. E sobre isso é que o julgador deve dizer: se é válido tal procedimento.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Quanto à preliminar de incompetência, deve-se destacar que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) dispõe:

Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Tratando-se de questão que abrange consumidores de todo o Estado, correta a sua propositura em Belo Horizonte. Resta verificar qual a vara competente para julgar o feito.

Por versar a questão sobre relação de consumo (condicionar o fornecimento de energia ao pagamento de taxa) envolvendo a Cemig, impropriedade a preliminar de nulidade da sentença por incompetência do juízo, pois não se está discutindo nestes autos a ilegalidade da taxa de iluminação pública do Município de Belo Horizonte (para a qual seriam competentes as Varas da Fazenda Municipal) nem se trata de execução fiscal (para as quais são competentes as Varas de Feitos Tributários). Segundo o art. 59 da Lei de Organização Judiciária de Minas Gerais, compete à Vara da Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou oponente, o Estado, os municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público, respeitada a competên-

cia de foro estabelecida na lei processual, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade da sentença por incompetência do juízo.

O art. 39 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994.)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

Discute-se nestes autos a prática, pela Cemig, de condicionar o fornecimento de energia ao pagamento de taxa, o que não é permitido pelo art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que é vedado ao fornecedor de produto ou serviço "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".

O contrato entre o consumidor e a Cemig é um contrato de adesão e, como tal, não pode ser unilateralmente modificado, pois isto é vedado pelo art. 51, XIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao contratar o fornecimento de energia elétrica, o consumidor não aderiu a nenhuma cláusula que permitisse a suspensão de um serviço por inadimplência com o Município (caso o consumidor não pague a taxa de iluminação pública).

Assim, entendo que correta a sentença ao decidir que a Cemig não pode vincular a continuidade da prestação do seu serviço (fornecimento de energia) ao pagamento de uma taxa que não tem nenhuma relação com ela.

Este Tribunal, ao decidir a Apelação Cível nº 235.508-9, Relator o Des. Aluizio Quintão, na qual o Movimento das Donas de Casa e Consumidores, através de ação civil coletiva, questionou a cobrança, pela Copasa, na conta de água, da taxa de limpeza pública, decidiu que:

Tarifas de água e taxas municipais - Convênio entre Copasa e municípios - Ameaça de corte do fornecimento de água na falta de pagamento de taxas municipais - Ilegalidade - Defesa do consumidor - Competência jurisdicional apropriada - Sentença de procedência parcial - Confirmação.

Em seu voto o eminente Relator consignou que:

Tudo faz crer, portanto, que marcado de ilegalidade está o questionado convênio firmado entre a concessionária de serviço público e Municípios, com o realce, repito, da absurdidade de condicionar o fornecimento de água ao pagamento de taxas municipais, em desrespeito ao consumidor/contribuinte e numa confusão indevida e indesejável da cobrança de tarifa de preço público com a de taxa, que é uma das espécies de tributo e sujeita a disciplina legal específica.

Quanto ao alcance da sentença, o art. 16 da Lei nº 7.347/85 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.494/97) dispõe que:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Por se tratar de análise elucidativa do artigo acima citado, trago à colação trechos da obra de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002):

10. Extensão da coisa julgada. A coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes (v. CDC 103) faz com que a sentença atinja a esfera jurídica de todos aqueles que estiverem, de alguma forma, envolvidos na matéria objeto da ACP. Por exemplo, a condenação de empresa de convênio médico (Amil, Golden Cross etc.), em obrigação de retirar de contratos cláusula considerada abusiva (CDC 51), atinge a empresa como um todo, bem como todos os seus associados, estejam onde estiverem dentro do território nacional. Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que se dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é nem de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado de ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas. Também não há necessidade de a sentença coletiva ser 'homologada' ou 'ratificada' por tribunal federal superior, para que se tenha o efeito extensivo da coisa julgada (v. Galeno Lacerda, *RMPRGS*, 19/28).

Limitação territorial. A L. 9.494/97, que modificou a redação da LACP 16, para impor limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada, não tem nenhuma eficácia e não pode ser aplicada às ações coletivas. Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu

território, atingindo o Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista.

Merece reforma a sentença quando dispôs que "os limites da lide se fixaram em torno das provas constantes dos autos" e "que no feito só foram anexadas contas de energia relativas a Belo Horizonte, único Município contra o qual restou comprovada a existência de convênio para a cobrança de taxa de iluminação pública na conta de energia" (fls. 208-209).

Provou o autor que a Cemig condiciona o fornecimento de energia elétrica ao pagamento de taxa. A sentença que declara a ilegalidade desta prática determina que a ré se abstenha de cobrar a taxa de iluminação pública junto com a conta de energia, valendo essa decisão para todos os municípios em que a Cemig faz a cobrança do tributo, e não só para Belo Horizonte. Se a prática da cobrança "casada" é ilegal, ela é ilegal em todas as contas de luz, e não apenas nas de Belo Horizonte.

Quanto à não-condenação em honorários, o art. 18 da Lei nº 7.347/85 dispõe que:

Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

O artigo é bem claro no sentido de que a associação autora não é condenada em honorários, custas e despesas, exceto se houver má-fé.

Mas o art. 19 da mesma lei dispõe que se aplica à ação civil pública as normas do Código de Processo Civil naquilo em que não contrariem as suas disposições. O art. 20 do CPC é expresso: o vencedor da demanda terá direito a honorários de advogado. Na ação civil pública, por força do art. 18, acima citado, se perder, não será condenado nas verbas da sucumbência, exceto se houver agido com má-fé.

Assim, fixo os honorários advocatícios em R\$3.000,00, pois tal valor é compatível com a importância da atividade exercida pelo advogado no processo, resguardando ainda um patamar remuneratório mínimo compatível com a dignidade da profissão.

Quanto à pretendida devolução, em dobro, dos valores indevidamente cobrados, não é possível, porque a Cemig não é a instituidora do tributo e o Município de Belo Horizonte não é o fornecedor da energia elétrica.

Nos termos do art. 11 da Lei nº 7.347/85, fica clara a natureza cominatória da sentença na ação civil pública.

Dispõe o citado artigo que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Tratando-se de obrigação de não fazer, deve ser cominada multa diária para o caso de descumprimento, "independentemente de requerimento do autor".

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, de ofício, fixo o prazo de 30 (trinta) dias para que a Cemig providencie a suspensão da cobrança da referida taxa na conta de energia, não efetuando o corte

CONCURSO PÚBLICO - PMMG - TESTE DE CAPACITAÇÃO FÍSICA - INOBSERVÂNCIA DOS TERMOS DO EDITAL - EXAME MÉDICO - RESULTADO NEGATIVO - PARTICIPAÇÃO DO CANDIDATO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS - AÇÃO CAUTELAR - PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - LIMINAR - CONCESSÃO - POSSIBILIDADE

- Demonstrado que o candidato ao ingresso na carreira da PMMG não foi submetido a exame de capacitação física nos termos do edital, e diante do resultado negativo do exame médico que o considerou inapto, é cabível a concessão de liminar na ação cautelar, para determinar sua matrícula no curso de formação de soldados, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo, em tese, impossibilidade de concessão da medida.

- A previsão do exame de capacitação física, como requisito para ingresso na carreira da PMMG, encontra-se ancorada na Lei nº 5.301/69, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 50/98, que prevê expressamente a necessidade de aprovação em testes físicos, como antecedente lógico e necessário para o provimento do cargo militar, desde que observados os termos do edital.

AGRAVO Nº 288.147-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Concurso público - Teste de capacitação física. - É possível, em tese, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. A previsão do exame de capacitação física, como requisito para ingresso na carreira, encontra-se ancorada na Lei 5.301/69, com a nova redação dada pela Lei Complementar 50/98, que prevê expressamente a necessidade de aprovação em testes físicos como antecedente lógico e necessário para o provimento do cargo militar, desde que observados os termos do edital. Agravo - Negado provimento.

Acórdão

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

do fornecimento de energia pelo seu não-pagamento, fixando a multa diária, em caso de descumprimento, em R\$50.000, 00 (cinquenta mil reais), e, no reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, determinando que a Cemig se abstenha de cobrar, através de conta de energia, o pagamento de taxa de todos os consumidores do Estado de Minas Gerais, onde atue a empresa; e fixo os honorários de advogado em R\$3.000,00, prejudicados os recursos voluntários.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyarco Immesi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, a unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. -
Pinheiro Lago - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Estado de Minas Gerais nos autos da ação cautelar proposta por Moisés Evangelista de Souza, inconformado com

a decisão monocrática que deferiu medida liminar, determinando a matrícula do agravado no Curso de Formação de Soldados (CFSd).

Aduziu que o agravado foi considerado inapto no exame médico, por ter-se submetido a cirurgia óssea, alteração que comprometeu o ingresso nos quadros da corporação militar.

Além disso, a liminar que deferiu ao agravado a possibilidade de participar do curso de formação de soldado implica o pagamento de vantagem pecuniária, sendo este outro motivo que inviabilizaria a concessão da liminar contra a Fazenda Pública, citando doutrinadores, decisões dos Tribunais Superiores e deste Tribunal em sustentação a sua tese.

Alega, ainda, que a decisão violou o princípio do contraditório, tendo sido a liminar deferida *inaudita altera parte*.

No mérito, sustenta que estão ausentes os requisitos para a concessão da liminar, haja vista a reprovação do agravado no teste de capacitação física, o que torna ausentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Razão não assiste ao recorrente.

Cuida-se originariamente de uma medida cautelar inominada ajuizada pelo agravado contra o Estado de Minas Gerais, na qual objetivava a concessão de liminar para frequentar o Curso de Formação de Soldados, tendo sido considerado inapto nos testes de capacitação física.

Preliminarmente, alega o agravante que os artigos 162, § 2º, e 475, inciso II, do Código de Processo Civil e, em especial, o artigo 1º da Lei Federal nº 8.347/92, proíbem a concessão de liminares contra a Fazenda Pública, quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da demanda, sendo exatamente esta a situação dos autos.

Diz o agravante ser incabível a concessão da liminar, em razão do disposto no artigo 1º da Lei nº 8.437/92. Segundo tal dispositivo:

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando

impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

(...)

§ 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

O processo cautelar surge como uma nova face da jurisdição, contendo, a um tempo, as funções do processo de conhecimento e de execução e tendo por elemento específico a prevenção. O processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.

A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

E, para garantir o resultado da cautelar, evitando que perca seu objeto, o juiz pode conceder liminarmente a medida cautelar, com ou sem justificção prévia (art. 804).

Para tanto, poderá ouvir o requerido, mas, se houver suspeita de que, com a citação anterior, seja antes de conceder a medida, seja para que o citado acompanhe a justificação, possa ela tornar-se ineficaz, ao juiz é permitido deferir a cautela, dispensando-se, inclusive, o contraditório nessa fase.

Não há, no caso, impossibilidade de concessão da medida liminar.

Diante do resultado negativo do exame médico que considerou inapto o candidato, cabível é a concessão de medida cautelar que assegure a sua participação no curso para o qual concorreu, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo, em tese, impossibilidade de concessão da liminar.

Nesse sentido, há decisões dos tribunais brasileiros:

Ementa: Recurso - Agravo de instrumento - Decisão que deferiu liminar ao agravado para continuar participando de concurso público até julgamento da ação - Poder cautelar do juiz bem aplicado - Presentes os pressupostos legais - Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Agravo de Instrumento nº 67.508-5 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Oliveira Prado - 09.03.98 - voto unânime.)

Rejeito a preliminar.

No mérito, afirma o agravante que não estão presentes os requisitos para a concessão da liminar.

Narra o recorrente, em síntese, que o agravado se inscreveu no concurso público para preenchimento de vagas no CFSd-Curso de Formação de Soldados. Deferida a inscrição, foi o candidato aprovado nos testes de conhecimentos, tendo sido, contudo, reprovado no teste de capacitação física, motivo pelo qual não foi admitida sua matrícula no curso.

Entendo que o Julgador agiu com acerto com base nas informações do agravado. Depreende-se que, sequer, o recorrido foi submetido a exame capacitação física nos termos do edital do concurso, que estabelece:

4. Dos Exames de Seleção (...)

4.7.4 - O teste de avaliação física (TAF), a ser realizado de acordo com a Resolução nº 3.322, de 24. set.96, constará de controle fisiológico (CF) e do teste de capacitação física (TCF).

4.7.5 - O controle fisiológico, que se compõe de exames clínicos e complementares, necessários à avaliação das condições físicas e de saúde do candidato para a execução do TCF, será realizado concomitante ao exame médico preliminar, observadas as características e finalidades deste exame.

4.7.6 - O teste de capacitação física (TCF) será aplicado indistintamente, devendo o candidato obter os índices mínimos necessários previstos na Resolução nº 3.322/96 (fls. 50/59).

In casu, não há nos autos demonstração de que o exame foi realizado em consonância com o edital, o que, de pronto, justifica a liminar concedida.

Conforme jurisprudência deste Tribunal:

Ementa: Concurso público para a Polícia Militar. Reprovação em exame físico. Constatação de fratura óssea pretérita. Inexistência de seqüela incapacitante. Direito do interessado de participar do curso de formação. - A fratura óssea pretérita que não deixa seqüelas incapacitantes à vítima não constitui fundamento hábil para inviabilizar a participação do interessado em Curso Técnico de Segurança Pública, para fins de ingresso na carreira da Polícia Militar. (Agravado em Instrumento nº 288.122-5 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Exmª. Srª. Desembargadora Maria Elza.)

Há de se observar que a existência de outro laudo particular, atestando a aptidão do recorrente,

não possibilita, por certo, que se afaste a conclusão do laudo oficial, pois indispensável, para tal mister, o confronto dos elementos probatórios.

O deferimento da providência de natureza cautelar depende, além da constatação da plausibilidade do direito substancial, o *fumus boni iuris*, também da possibilidade de risco ao processo principal de não ser útil à finalidade almejada, isto é, de um dano potencial capaz de dificultar ou até mesmo impedir o reconhecimento do direito, ainda que em tese, a ser assegurado, o *periculum in mora*, a ser apurado objetivamente. Estes são os requisitos específicos da tutela cautelar.

O autor demonstrou seu interesse pelo direito do qual se julga titular, apresentando elementos capazes de formar um convencimento sumário, hábil à convicção do Juiz.

Se constatada a possibilidade do exercício do direito de ação, deduzida dos fatos narrados, estará presente o *fumus boni iuris* capaz de autorizar a proteção das medidas preventivas.

E, no caso dos autos, cabalmente demonstrado esse *fumus boni iuris*, haja vista aprovação do recorrido nos testes de conhecimento, ficando pendente o prosseguimento dos exames em face da inaptidão no exame de ortopedia.

Ademais, a liminar visa permitir que o autor/agravado frequente o Curso de Formação de Soldado, até que seja julgado o mérito da cautelar - ou seja, até que se averigüe se, de fato, houve ou não ilegalidade nos critérios da realização do teste de capacitação física que concluiu pela sua inaptidão.

Destarte, incensurável a decisão interlocutória molestada, razão pela qual, nego provimento ao agravo interposto, mantendo-a íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

PENSÃO ESPECIAL - EX-COMBATENTE DA 2ª GUERRA MUNDIAL - CUMULATIVIDADE COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA - REOPÇÃO DO SERVIDOR - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 53, II, DO ADCT/88 C/C ART. 4º DA LEI Nº 8.059/90

- É assegurada pensão especial ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, conforme se infere do art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo permitido, a teor do art. 4º da Lei nº 8.059/90, o acúmulo da pensão especial com outros benefícios previdenciários. Assim, se o ex-combatente optou pela pensão especial e não renunciou ao direito dos proventos de aposentadoria, para os quais contribuiu durante a sua vida laboral, deve ser-lhe reconhecido o direito de reopção pelo acúmulo das mencionadas verbas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 302.053-4/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Pensão especial - Ex-combatente da 2ª Guerra Mundial - Cumulatividade com proventos de aposentadoria - Reopção do servidor - Validade. - Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial será assegurada pensão especial. Aplicação do art. 53, II, do ADCT. A pensão especial devida ao ex-combatente é acumulável com outros benefícios previdenciários, a teor do art. 4º da Lei nº 8.059/90, sendo lícito ao beneficiário reopstar por mencionado acúmulo. Rejeitada preliminar, em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, REFORMAR A SENTENÇA PARCIALMENTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - Kildare Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de reexame necessário bem como de apelações interpostas contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Diego Rodrigues de Melo em face do Município de Governador Valadares, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, determinando o restabelecimento do pagamento da aposentadoria do requerente, desde a data do ajuizamento da ação. Condenou o requerido, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00.

Suscita o 2º apelante, Município de Governador Valadares, a preliminar de nulidade da sentença, sob o argumento de que esta se mostra carente de fundamentação. No mérito, ressalta que o benefício previdenciário somente deixou de ser pago devido à renúncia expressa do 3º apelante, a qual se configura, segundo o seu entendimento, em ato jurídico perfeito.

Já o 3º apelante, Diego Rodrigues de Melo, sustenta que a prescrição, *in casu*, somente alcança as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Alega que a Administração Pública não poderia ter suprimido a sua aposentadoria, sem o devido processo legal, já que esta se configura em direito adquirido. Requer, assim, a reforma da sentença, para que seja reconhecido o seu direito aos proventos retroativos, bem como para o arbitramento dos honorários advocatícios em valor condizente com a demanda.

Conheço da remessa oficial do processo, bem como das apelações interpostas, presentes os pressupostos para sua admissão.

Afasto, de início, a preliminar de nulidade da sentença arguida pelo 2º apelante.

Com efeito, uma simples leitura da decisão monocrática demonstra que esta se encontra devidamente fundamentada, inexistindo qualquer vício que a inquine.

Insubistente, portanto, a prefacial, rejeito-a.

Quanto ao mérito, observa-se que a questão posta em debate concerne à possibilidade de se acumular a pensão especial paga aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial com os proventos de aposentadoria devidos pelo ente público municipal e, dentro deste contexto, a possibilidade de reopção do beneficiário.

Colhe-se dos autos que o 3º apelante, servidor público municipal aposentado, foi beneficiado, aos 5 de julho de 1990, com a pensão especial do art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual:

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

1 - pensão correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressaltado o direito de opção.

Ocorre que, em 9 de abril de 1992, o 3º apelante, por acreditar que a legislação pertinente determinava a opção entre os proventos de aposentadoria e a pensão especial, optou pela segunda (documento de fls. 40).

Mais tarde, ou seja, aos 29 de janeiro de 2001, requereu, administrativamente, que se tornasse sem efeito a 1ª opção, para que voltassem a ser pagos os proventos de aposentadoria, cumulativamente com a pensão especial.

Esta a situação fática dos autos.

Em primeiro lugar, faz-se imprescindível consignar que o direito à pensão especial se encontra previsto expressamente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É certo, ainda, que o art. 53, II, do ADCT, permite o acúmulo dos proventos de aposentadoria com a referenciada pensão.

Este comando é explicitado, mais uma vez, pelo art. 4º da Lei nº 8.059/90, verbis:

Art. 4º. A pensão é inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários (grifos nossos).

No caso dos autos, vê-se que, não obstante a possibilidade, deferida por lei, ao 3º apelante de acumular os seus proventos de aposentadoria com a pensão especial de ex-combatente, este optou pelo 2º benefício.

Mais tarde, porém, efetivou reopção pelo acúmulo de ambos, o que não encontra óbice no ordenamento jurídico.

É que não houve, a meu ver, renúncia ao direito dos proventos de aposentadoria devidos pelo Município de Governador Valadares, mas sim opção pela pensão especial.

Num segundo momento, houve a reopção por um direito intacto, qual seja, os proventos decorrentes da jubilação do 3º apelante, para os quais contribuiu durante a sua vida laboral.

Assim, sendo incontestável a condição do 3º recorrente de ex-combatente da 2ª Guerra Mundial (fls. 20/21); pacífico o entendimento de que a pensão especial do art. 53, II, do ADCT é acumulável com outro benefício previdenciário; e clara a reopção do 3º apelante quanto ao acúmulo das mencionadas verbas (fls. 26), é de ser reconhecido o direito invocado a partir desta data, isto é, 29 de janeiro de 2001.

Antes, porém, vigorava a 1ª opção do 3º recorrente, não podendo o Município de Governador Valadares ser compelido a arcar com verbas que foram dispensadas pelo próprio beneficiário.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, tenho que foram arbitrados em consonância com a realidade dos autos e com a legislação pertinente. Vale dizer, foram observados o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo exigidos para o serviço do advogado.

Nenhum reparo, portanto, está a merecer a verba honorária.

Com essas considerações, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para que o pagamento dos proventos de aposentadoria devidos ao 3º apelante retroaja à data do requerimento administrativo efetivado por ele, ou seja, 29 de janeiro de 2001. Prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO DE LICITANTE - DEMAIS LICITANTES - LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS - NÃO-CONFIGURAÇÃO - CAPACIDADE TÉCNICA - CRITÉRIOS OBJETIVOS E CLAROS PREVISTOS NO EDITAL - NÃO-COMPROVAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Em mandado de segurança impetrado por licitante contra sua inabilitação em processo licitatório, não se consideram litisconsortes passivos necessários os demais licitantes, por não configurarem, naquele instante inicial do processo, partes beneficiadas diretamente com o ato impugnado.

- Na fase de habilitação do procedimento licitatório, a Administração Pública tem o dever de verificar a aptidão do concorrente para garantir o cumprimento das obrigações objeto do contrato, sendo analisados, principalmente, os seguintes aspectos: regularidade jurídica e fiscal do licitante, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Se o conjunto probatório dos autos demonstra que foram utilizados critérios objetivos no julgamento da capacidade técnica das empresas licitantes, previstos de forma clara e objetiva no edital, não tendo a impetrante demonstrado, através dos atestados juntados no processo licitatório, o preenchimento dos critérios editalícios, não se há falar em ilegalidade no ato de sua inabilitação no certame e, conseqüentemente, não há direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.446-9/00 (em conexão com a de nº 288.253/8-00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Licitação - Inabilitação de empresa licitante - Ausência de demonstração de capacidade técnica conforme disposições editalícias - Inexistência de ilegalidade do ato de desclassificação e de ofensa a direito líquido e certo - Segurança denegada. - Na fase da habilitação do procedimento licitatório, a Administração Pública tem o dever de verificar a aptidão do concorrente para garantir o cumprimento das obrigações objeto do contrato, sendo analisados, principalmente, os seguintes aspectos: regularidade jurídica e fiscal do licitante, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. - Se o conjunto probatório dos autos demonstra que foram utilizados critérios objetivos no julgamento da capacidade técnica das empresas licitantes, previstos de forma clara e objetiva no edital, não tendo a impetrante demonstrado, através dos atestados juntados no processo licitatório, o preenchimento dos critérios editalícios, não se há falar em ilegalidade no ato de sua inabilitação no certame e, conseqüentemente, não há direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança.

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - Eduardo Andrade - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pela segunda apelante, o Dr. Luiz Ailton de Carvalho, e, pela apelada, o Dr. Nelson Xisto Damasceno Filho.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelações contra a sentença de fls. 276-285, proferida nos autos de mandado de segurança impetrado pela empresa apelada contra o ato do Secretário Municipal de Saúde que a desclassificou no processo licitatório para contratação de prestação de serviços de limpeza pública, conservação e desinfecção hospitalar, além de serviços de portaria e vigilância noturna.

O ilustre Juiz *a quo* concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar, para afastar a desqualificação da impetrante na fase de habilitação do certame, nos termos do art. 3º, c/c art. 30, II, da Lei Federal 8.666/93.

Inconformada, a segunda apelante sustenta que: o ilustre Juiz, após indeferir pedido para figurar como litisconsorte passivo, proferiu a sentença, sem observar o prazo para interposição do agravo de instrumento; tem interesse em integrar a relação processual por ter sido considerada a empresa vencedora no processo de licitação contra o qual se insurgiu a impetrante, ora apelada, que foi excluída por incapacidade técnica; apelante e apelada participaram do processo administrativo para concorrência pública promovido pela Secretaria Municipal de Saúde, para a contratação de prestação de serviços de limpeza, conservação e desinfecção hospitalar, bem como ser-

vições de portaria e vigilância noturna; a apelada impetrou mandado de segurança visando a desconsideração da inabilitação, objetivando participar da sessão de abertura das propostas das demais empresas habilitadas; deve figurar como litisconsorte passivo, pois o Sentenciante ao rejeitar a desclassificação da apelada do certame atingiu seus interesses como empresa vencedora na licitação; no mandado de segurança inexistia fase probatória; o edital da licitação impôs aos concorrentes o cumprimento das características da prestação do serviço, não tendo a apelada comprovado a aptidão para a prestação dos serviços; não bastava a apresentação de atestados como entendeu o Sentenciante, mas também averiguar a compatibilidade dos mesmos como objeto lido; impunha-se comprovar que o serviço descrito no atestado era pertinente com aquele objeto do certame (quantidade, qualidade e prazos); a apelada não apresentou prova pré-constituída de seu direito, não tendo comprovado que com o número de empregados apontados nos atestados seria capaz de cumprir a prestação de serviços objeto da licitação; a aptidão técnica mencionada pela impetrante, ora apelada, apenas poderia ser comprovada através de dilação probatória; somente ficou em segundo lugar no procedimento licitatório em razão da liminar concedida no presente mandado de segurança; os documentos de capacitação técnica apresentados pela impetrante, ora apelada, não podem ser considerados no mandado de segurança, sob pena de se infringir o princípio do contraditório e ampla defesa; há interesse em se verificar a capacidade técnica para assegurar que os serviços contratados serão efetivamente executados pela empresa vencedora; com a ausência dos litisconsortes necessários, o processo deve ser anulado; o Poder Judiciário não pode-se manifestar sobre o mérito do ato administrativo para modificar a decisão da Administração Pública que considerou a empresa apelada inapta para o certame.

O ilustre Juiz prestou informações às fls. 388-390, afirmando, em síntese, que:

Este Magistrado apenas entendeu que a inabilitação imposta pela Comissão de Licitação quando da habilitação, decisão que foi mantida pelo Secretário Municipal de Saúde em grau de recurso administrativo, não poderia prevalecer o que importaria na necessidade de abertura dos envelopes da Liderança Conservação e Serviços Ltda., que, ao final, acabou por ganhar parte da concorrência (sic, fl. 390).

O terceiro apelante sustenta que: a Lei 8.666/93 dispõe que a documentação relativa à qualificação técnica se limitará comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e

compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; os serviços objeto da licitação envolverão 1.386 pessoas, sendo 545 destinados aos serviços de limpeza e desinfecção hospitalar e 798 aos serviços de porteiro e vigia; constituía exigência editalícia a comprovação de experiência em administrar aquele número de pessoas na prestação dos serviços objeto da licitação; os atestados juntados pelos licitantes deveriam conter o número de prestadores de serviços para cada contrato; os atestados juntados pela empresa-apelada não satisfaziam às exigências do edital.

A apelada apresentou contra-razões às fls. 403-415, pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

Às fls. 441-449 encontra-se o acórdão do julgamento do agravo regimental interposto pela empresa Liderança Conservação Ltda., constando da súmula do julgamento que a Turma Julgadora rejeitou a preliminar e negou provimento ao recurso, vencido o 2º Vogal. Vejamos a ementa do julgamento:

Ementa - Mandado de segurança - Apelação - Possibilidade de concessão de efeito suspensivo - Aplicação do art. 558 do CPC - Recurso desprovido. - É perfeitamente possível se conceder efeito suspensivo à apelação em mandado de segurança, com fincas no art. 558 do CPC.

O douto Procurador de Justiça Dr. César Antônio Cossi apresentou parecer recursal manifestando-se pela reforma da sentença, a fim de se denegar a segurança (fls. 463-466).

Acuso o recebimento de memorial por parte da segunda apelante e da apelada.

Conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários interpostos, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar: litisconsórcio necessário.

A segunda apelante voluntária - empresa concorrente no procedimento licitatório - aduz que deve ser reconhecida litisconsorte passiva necessária nos autos do presente mandado de segurança interposto pela apelada contra o ato de sua desclassificação no certame e, em consequência, com pedido de anulação do resultado do procedimento licitatório.

A preliminar não se sustenta, *rogata venia*.

Inicialmente, visando facilitar o exame da matéria *sub judice*, destaque-se a síntese dos fatos e

fundamentos jurídicos constantes da exordial do *mandamus*, conforme relatório da sentença à fl. 276:

Liderança Conservação e Serviços Ltda., devidamente qualificada nos autos ingressou com o presente mandado de segurança contra ato do Secretário Municipal de Saúde, alegando, em apertada síntese, que participou da licitação 004/2002, promovida pela Secretaria Municipal de Saúde, cujo objeto é a contratação da prestação de serviços de limpeza pública, conservação e desinfecção hospitalar, além de serviços de portaria e de vigilância noturna, conforme cláusula 01 do correspondente edital.

Aduz que apresentou os documentos exigidos no edital para sua habilitação, bem como a proposta comercial, vindo despacho da comissão impondo sua desclassificação ao fundamento de que não teria a impetrante apresentado atestado de capacidade técnica comprovando aptidão para desempenho das atividades pertinentes e compatíveis em qualidade e quantidade, com o objeto da licitação principalmente os relacionados à limpeza, conservação e desinfecção hospitalar.

Diz que protocolou recurso administrativo em que a autoridade coatora julgou improcedente, sustentando pareceres produzidos pela própria Comissão de Licitação e subscrito pela Assessoria Jurídica da Secretaria, ato que entende abusivo e ilegal, fazendo uma longa consideração jurídica sobre o tema, para concluir pela nulidade do julgamento em face do excessivo subjetivismo do julgamento.

Requer o deferimento da liminar, e a concessão da segurança para determinar à autoridade coatora que anule a decisão atacada e considere a impetrante habilitada para a participação do certame.

Com efeito, sob pena de se infringir o disposto no art. 19 da Lei nº 1.533/51 conciliado com o art. 47 do CPC, bem como as normas da Constituição Federal que garantem o contraditório e a ampla defesa, torna-se indispensável a citação do litisconsorte passivo necessário, beneficiado com o ato impugnado, sob pena de nulidade do processo.

Todavia, a meu juízo, no caso específico destes autos, onde a empresa-apelada impetrou mandado de segurança simplesmente contra o ato de sua desclassificação do procedimento licitatório, visando, na fase de pré-qualificação das empresas licitantes, o reconhecimento do direito de participar do certame, não vislumbrei qualquer ofensa aos mencionados dispositivos normativos aplicáveis à espécie. Ora, não vejo como considerar as demais empresas licitantes, entre elas a segunda apelante, litisconsortes passivas necessárias, por não configurarem, naquele instante inicial do processo de licitação, partes beneficiadas diretamente com o ato impugnado.

A princípio, restaria configurada a hipótese de litisconsórcio necessário apenas se a decisão proferida no mandado de segurança pudesse interferir diretamente no direito dos demais concorrentes, como, por exemplo, se fosse o caso de se anular o procedimento licitatório. No caso dos autos, trata-se apenas de pedido de inclusão, em fase posterior do procedimento licitatório, de empresa que se considera apta para concorrer no certame juntamente com as demais empresas consideradas classificadas.

Não obstante não concordar, *data maxima venia*, com o entendimento do douto Sentenciante, no sentido de não caber a figura da assistência no mandado de segurança, fato é que o recurso da segunda apelante deve ser conhecido, já que evidenciado, *rogata venia*, o requisito do art. 499, § 1º, do CPC.

Nenhum sentido teria, a estas alturas, anular-se o processo, para possibilitar a intervenção. A *uma*, porque não há real prejuízo para a segunda apelante, já que seu recurso será conhecido. A *duas*, pelo desfecho do litígio que será dado no exame de mérito.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Cuida-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança pleiteada pela empresa Liderança Conservação e Serviços Ltda., por entender o douto Sentenciante que as condições impostas no edital, no que se refere aos atestados de capacidade técnica das empresas licitantes, infringem o disposto no art. 30, II, da Lei 8.666/93, além de abrir margem ao julgamento subjetivo a respeito da averiguação da existência de capacidade técnica dos licitantes para a execução dos serviços.

Permissa maxima venia do entendimento do culto e operoso Juiz *a quo*, a meu juízo, o caso é de se denegar a segurança pleiteada.

Como se sabe, na fase da habilitação do procedimento licitatório, a Administração Pública tem o dever de verificar a aptidão do concorrente para garantir o cumprimento das obrigações objeto do contrato, sendo analisados, principalmente, os seguintes aspectos: regularidade jurídica e fiscal do licitante, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.

Quanto às exigências amparadas pela Lei 8.666/93 referentes à qualificação técnica, são todas aquelas que se amoldam às disposições do art. 30 da referida lei. Vejamos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objetivo da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (...)

Com efeito, não é dado à Administração Pública, sob a alegação de cumprimento do mencionado dispositivo legal, exigir documentos de forma a inibir a participação dos concorrentes ou, ainda, estabelecer condição que se mostre em desacordo com a natureza do objeto licitado ou a impedir o julgamento objetivo das propostas. Tudo isso visando a preservar os princípios basilares da licitação: competitividade, isonomia, publicidade, respeito às condições estabelecidas previamente no edital e possibilidade de se fiscalizar o cumprimento do contrato.

Especificamente, quanto ao princípio do julgamento objetivo, vale destacar as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da lei.

Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento - muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

No caso da licitação em questão, o edital dispôs o seguinte sobre a qualificação técnica exigida para os candidatos interessados:

5.2.4.1 - Comprovação da qualificação técnica:

a) Comprovação do licitante de possuir em seu Quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior responsável pela empresa perante a entidade profissional competente, detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica por execuções de serviço de características semelhantes.

b) (...)

c) Atestado de Capacidade Técnica, comprovando a aptidão do licitante para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com as categorias profissionais, objetos da presente licitação, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no órgão competente (CRA), comprovando que a empresa licitante já tenha prestado ou esteja prestando serviços pertinentes e compatíveis com o objeto e atribuições constantes no Anexo IV desta licitação, que permitam o ajuizamento da capacidade de atendimento da contratação visada. (...)

Anexo III - Quadro de resumo das categorias profissionais

Categoria

Quantidade de pessoal

Jornada de pessoal

Auxiliar de limpeza

43

44 horas

Auxiliar de limpeza com insalubridade

490

44 horas

Auxiliar de limpeza noite (12/36 horas)

12

Encarregado

16

44 horas

Copeira

15

44 horas

Limpador de vidros

12

44 horas

Porteiro 8 horas

94

44 horas

Porteiro 12 horas dia (12/36 horas)

222

Porteiro 12 horas noite (12/36 horas)

24

Porteiro sáb/dom/feriado (12 horas dia)

122

Vigia noturno (12/36 horas)

336

Total de pessoal - 1.386 (fls. 24-25, 54).

É de se ressaltar que o Anexo V do edital contém dados complementares sobre a distribuição da demanda de pessoal para as unidades de saúde onde haverá a prestação de serviços (fls. 56-57).

A empresa-impetrante, ora apelada, para atender ao edital, apresentou os documentos de fls. 103-143, a maioria deles atestados visando comprovar a capacidade técnica para a prestação dos serviços objeto da licitação. Ocorre, todavia, que tais documentos, *rogata venia*, não se prestam, por si só, para garantir a capacidade técnica exigida no edital dos licitantes.

No que se refere à infra-estrutura de pessoal para a realização efetiva e com qualidade dos serviços objeto da licitação, é de se frisar que os mencionados atestados apontam número de pessoal bem abaixo das exigências editalícias. A respeito da insuficiência do número de profissionais apresentados pela empresa-apelada através dos atestados de fls. 103-143, permito-me destacar as informações prestadas pela Comissão de Licitação, conforme parecer administrativo de fls. 198-199:

(...) Referente à categoria profissional de auxiliar de limpeza, o Edital exige 545 profissionais para execução de serviços de limpeza, conservação e desinfecção hospitalar. A recorrente apresentou atestados referentes a execução de tais serviços prestados por apenas 18 profissionais, compreendendo apenas 3,3% do total licitado, já que só poderão ser consideradas, para soma de atestados, os vigentes em um mesmo período. Quanto aos atestados do Senado Federal não serão considerados por não compreenderem limpeza e desinfecção hospitalar. Conforme anexo I do Edital, a limpeza hospitalar

necessita de mão-de-obra treinada para execução dos serviços, que são mais complexos que serviços de limpeza e conservação comuns.

Os atestados apresentados pela recorrente também não apresentam capacidade técnica numericamente compatível para a categoria profissional de porteiro exigida no Anexo III do Edital. Pois dos 798 exigidos no Edital, a recorrente apresentou atestados referentes a apenas 31 profissionais, representando 3,88% do total. Isto fere o item 5.2.4.1 do Edital. Tal exigência editalícia foi tirada do artigo 30, inciso II, da Lei 8.666/93, visando dar garantia à administração da capacidade do licitante em cumprir o futuro contrato, como já salientado.

Nesse caso, entendo que o edital previu, sim, de forma objetiva os critérios para se averiguar a capacidade técnica da concorrente no aspecto *quantidade* de trabalhadores necessários para o cumprimento do contrato, garantindo-se um julgamento objetivo das propostas.

Data venia, não procede a alegação da empresa-apelada, constante do memorial apresentado em segunda instância, no sentido de que "o edital não previu qual seria o número de postos de trabalho considerados como suficientes para a comprovação da capacidade técnica operativa dos licitantes". Ora, no mencionado Anexo III do edital havia sim a previsão expressa da necessidade de, no mínimo, 1.386 trabalhadores para atender a demanda de serviços junto a unidades de saúde, não tendo a impetrante, ora apelada, se desincumbido do ônus de demonstrar a adequação às condições do edital.

Permito-me, ainda, destacar parte dos bem-lançados argumentos constantes do parecer do ilustre Procurador de Justiça Dr. César Cossi, com cujo entendimento compartilho e integro à presente fundamentação:

Lado outro, a contrário do que entendeu o juiz, o anexo III do edital da licitação, cuidou de especificar, quantitativamente, a força de trabalho exigida para a prestação dos serviços (fls. 52).

O apelado, por sua vez, não fez juntar aos autos, dentre os inúmeros atestados, nenhum que comprovasse a execução de serviços similares ao licitado, em relação à quantidade de funcionários envolvidos. Dai a inabilitação, legal ao meu ver, posto que não restara comprovada sequer a capacitação objetiva para prestação do serviço (nº de empregados disponíveis), muito menos a experiência anterior exigida. Aliás, cumpre deixar registrado que os atestados sugerem número de pessoal bem aquém das exigências editalícias.

(...) O processo de inabilitação, previsto no diploma acima mencionado, presta-se, precipuamente, ao

afastamento de licitantes que não contenham a capacitação mínima exigida, como no caso, sempre com vistas a propiciar maior celeridade dos atos posteriores. Ademais, as limitações impostas, revestem-se, de igual forma, de garantias para a própria Administração da prestação do serviço nas condições mais adequadas. E por serem gerais, aplicáveis a todos, não constituem lesão ao princípio da igualdade, como afirmam alguns (sic, fls. 465-466).

Desse modo, se o conjunto probatório dos autos demonstra que foram utilizados critérios objetivos para a aferição da capacidade técnica das empresas licitantes, previstos de forma clara e objetiva no edital, não tendo a impetrante, ora apelada, demonstrado, através dos atestados juntados no processo licitatório, o preenchimento dos critérios editais, não se há falar em ilegalidade no ato de sua

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - OBRAS DE ATERRAMENTO DE LAGOA - DANOS AO MEIO AMBIENTE - LIMINAR - CONCESSÃO

- Em sede de agravo de instrumento, cabe apenas e tão-somente a análise da existência dos pressupostos para deferimento ou não da liminar.

- Evidenciados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, é de se manter a decisão concessiva de liminar para paralisação das obras de aterramento de lagoa, negando-se provimento ao recurso interposto.

AGRAVO Nº 304.969-9/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação cautelar inominada - Obras de aterramento de lagoa - Danos ao meio ambiente Liminar - Concessão. - Evidenciados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, é de se manter a decisão concessiva de liminar para paralisação das obras de aterramento de lagoa, negando-se provimento ao recurso interposto.

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, 05 de maio de 2003. - Célio César Paduani - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de agravo de instrumento manifestado por Mahle Cofap Anéis S.A. em face da r. interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de

inabilitação do certame e, conseqüentemente, não há direito líquido e certo a amparar a pretensão da parte.

Com essas considerações e com mais um pedido de *venia* ao douto Sentenciante, reformo a sentença no reexame necessário, para denegar a segurança. Prejudicados os recursos voluntários.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Itajubá, que nos autos da medida cautelar inominada a ela promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através de seu Promotor de Justiça junto àquela Vara e Comarca, verificando a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, "com fins cas no art. 12 da Lei nº 7.347/85, c/c 796, 798 e 804 do Código de Processo Civil", deferiu a liminar para determinar que a agravante "paralise, imediatamente, as obras de aterramento da lagoa referida, pena de multa diária de R\$2.000,00 (dois mil reais) a ser recolhida em favor do Fundo Nacional do Meio Ambiente".

Em suas razões de inconformismo, o agravante postula a desconstituição da r. interlocutória de 1º grau, à consideração de que, necessitando ampliar suas instalações, solicitou à Prefeitura Municipal de Itajubá um terreno, o qual lhe foi concedido visando à instalação de uma Central de Gás Liquefeito de Petróleo-GLP, recorrendo às autoridades competentes, munido-se de todas as licenças necessárias e pertinentes.

Aduz que a área em que se realizam as obras não se trata de lagoa, mas sim de "área de preservação permanente", cumprindo rigorosamente todos os

procedimentos estabelecidos pelos órgãos ambientais competentes.

Tece considerações a respeito do mérito da demanda, terminando por pleitear o total provimento do recurso, revogando-se a liminar anteriormente concedida.

O pretendido efeito suspensivo viu-se indeferido mediante despacho de fls. 90/90-v.- TJ.

Contraminuta às fls. 127/130-TJ.

É a breve exposição.

Decide-se.

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

Inferre-se do processado que a agravante recebeu em doação um terreno da Prefeitura Municipal de Itajubá, contíguo a suas instalações, para aprimorar suas atividades industriais e que, após iniciadas as obras, foi autuada pelo Ibama, razão pela qual procurou se adequar às normas pertinentes, obtendo licença do IEF para "intervir em área de preservação permanente".

Constatado que a agravante estava a aterrar uma lagoa no referido terreno, o Ministério Público ajuizou ação cautelar inominada, com pedido de liminar, objetivando a paralisação da obra, em face de possíveis danos a serem causados ao meio ambiente.

Pois bem.

Verifica-se da documentação acostada aos autos que a agravante possui licenças ambientais que lhe permitem intervir em áreas de preservação permanente. Contudo, à primeira vista, parece não possuir a recorrente autorização para proceder ao aterramento da lagoa, ou seja, se ela está inserida dentro da área tida como de preservação permanente ou não, o que somente se verificará mediante pericia.

Mister salientar que, em sede de agravo de instrumento, cabe apenas e tão-somente a análise da existência dos pressupostos para deferimento ou não da liminar.

É preceito constitucional que o Estado cuide da proteção ambiental, o que faz presente a fumaça do bom direito. O perigo da demora é patente, pois os riscos advindos da continuidade das obras são praticamente incalculáveis, podendo resultar em lesão grave ou de difícil reparação.

Assim, conforme farta documentação acostada aos autos, é inequívoca a presença dos elementos necessários à concessão da liminar, porquanto evidente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

R. REIS FRIEDE, in *Aspectos Fundamentais das Medidas Cautelares*, Forense Universitária, 2ª ed., 1993, ao tratar dos limites à discricionariedade do magistrado na apreciação da medida liminar, leciona que:

Muito embora seja comum a afirmação segundo a qual o Magistrado avalia a concessão ou não da medida liminar requerida pela parte interessada, através do denominado poder discricionário - característica inerente à atuação do julgador segundo a maioria da doutrina -, essa assertiva está longe de ser considerada uma verdade absoluta.

Em primeiro lugar porque a própria existência de requisitos autorizadores da medida cautelar (*periculum in mora*, *fumus boni iuris*, relevância do pedido, *periculum de mora* inverso e o pressuposto especial previsto no art. 804 do CPC/73, com suas respectivas disciplinas jurídicas), é eminentemente vincular, reduzindo, sobremaneira, o grau de liberdade com que se move o magistrado ao decidir sobre a oportunidade e a conveniência da concessão da medida pretendida.

Em segundo lugar porque o eventual deferimento da medida liminar, por constituir-se em decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC/73), obrigatoriamente deve ser fundamentado, estabelecendo, por consequência, a vinculação do magistrado às razões de decidir expostas, descaracterizando, em grande parte, o poder discricionário original.

In casu, não vislumbro qualquer ilegalidade na concessão da liminar, sem adentrar no mérito propriamente dito, posto que o seu deferimento realmente se impunha em face da existência do *periculum in mora* evidenciado nos autos.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, ex lege.

É o voto.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO - EMENDA À PETIÇÃO INICIAL - PENSÃO ALIMENTÍCIA - POSSIBILIDADE

- Tratando a ação de divórcio de forma de dissolução do vínculo matrimonial, a sentença não ficará isenta de abranger matérias indispensáveis a tal dissolução ainda mais depois de argüidas por uma das partes. Deve-se atentar para um dos princípios norteadores do processo, o da economicidade, sendo desnecessário o ajuizamento de outra ação para a apreciação do direito relativo à pensão alimentícia.

- V.v.: - Nega-se provimento ao recurso se a inicial não restou suficientemente explícita quanto ao sujeito ativo da pretensão relativa aos alimentos e por inexistir vínculo de conexão e de continência entre o pedido de divórcio e o pedido de alimentos. (Des. Francisco Lopes de Albuquerque)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 279.968-2/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Divórcio direto litigioso - Emenda à petição inicial - Pensão alimentícia - Possibilidade. - Pode-se discutir matéria indispensável à dissolução conjugal em ação de divórcio direto, abrangendo assim a pensão alimentícia, impossibilitando o magistrado de declinar à não-apreciação do pedido argüido na ação de divórcio.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O 1º VOGAL.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2003. - Garcia Leão - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Garcia Leão - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, ajuizado por A.C.B., nos autos da ação de divórcio c/c alimentos movida contra E.M.B., contra decisão do Juiz a quo determinando a emenda da inicial no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento, devido à incompatibilidade entre a ação de divórcio proposta e o pedido de pensão alimentícia da prole.

A agravada, apesar de intimada, não se manifestou.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer às fls. 33/35. Ultrapassada a preliminar, opina pelo provimento do recurso.

Assim relatados, decido:

A decisão agravada não pode prosperar, uma vez que a questão suscitada apresenta certa compatibilidade material com aquela versada nos autos principais de ação de divórcio c/c alimentos.

Como já assentado em outros julgados, tratando-se a ação de divórcio de forma de dissolução do vínculo matrimonial, a sentença não ficará isenta de abranger matérias indispensáveis a tal dissolução, ainda mais depois de argüidas por uma das partes. Deve-se atentar para um dos princípios norteadores do processo, o da economicidade, sendo desnecessário o ajuizamento de outra ação para a apreciação de direito relativo à pensão alimentícia.

Neste sentido não vislumbro a necessidade de aumentar a demanda do Judiciário, já que presente a possibilidade de a sentença da ação de divórcio envolver matéria relativa à pensão alimentícia relativa ao filho.

Nestes termos, dou provimento ao agravo interposto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Pedindo vênias ao em. Des. Relator, estou negando provimento ao recurso, e o faço, em primeiro lugar, porque a inicial não me parece suficientemente explícita quanto ao sujeito ativo da pretensão relativa aos alimentos.

Com efeito, a autora, ora agravante, ajuizou ação de divórcio contra o réu e cumulou a esse pedido o de alimentos, mas não esclareceu se o fazia em seu próprio nome ou como representante de seu filho.

Em segundo lugar, parece-me que não há vínculo de conexão e tampouco de continência entre o

pedido de divórcio e o pedido de alimentos, tal como formulado na inicial.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR DANDO E O PRIMEIRO VOGAL NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 13.05.03, a pedido do Segundo Vogal, após votarem o Relator dando e o Primeiro Vogal negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Eduardo Andrade.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Peço vênias ao eminente Primeiro Vogal, para dele divergir. Após cuidadosa análise dos autos, cheguei a conclusão idêntica àquela esposada pelo eminente Relator Des. Garcia Leão.

Cumprе ressaltar que, considerando o princípio da finalidade do processo, prefiro ombrear-me ao voto do douto Relator. E o faço porque do exame que fiz dos autos pude verificar que na inicial da "ação de divórcio direto c/c alimentos" restou claro que o pedido

de alimentos foi formulado em favor do filho menor, como se vê à fl. 10, TJ: "Os alimentos são devidos à criança em comum do casal, atualmente com oito anos, conforme preceitua o art. 20 da Lei 6.515/77".

Como cedejo, tem-se que, sendo o alimentante filho menor do casal, pode a mãe, que tem a guarda do mesmo, postular alimentos em nome dele.

Nesse sentido é o seguinte julgado do STJ:

Divórcio. Divórcio direto litigioso. Alimentos. - A sentença que decreta o divórcio direto litigioso deve dispor, salvo situação excepcional, sobre a pensão alimentícia, guarda e visita dos filhos, a fim de evitar a perpetuidade das demandas. Recurso conhecido, em parte provido (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp nº 132.304/SP, DJ de 19.12.97).

Assim, considero que a melhor interpretação está, *data venia*, na consideração de que, mesmo na ação direta de divórcio, podem ser tratados temas relacionados com a dissolução da sociedade conjugal, especificamente estipulação de pensão alimentícia aos filhos menores.

Com essas considerações, pedindo vênias ao douto Des. Lopes de Albuquerque, acompanho o entendimento manifestado no voto do Relator Des. Garcia Leão.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O 1º VOGAL.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - EXECUÇÃO - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE - VERBAS NÃO PAGAS - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS - INTELIGÊNCIA DA COMBINAÇÃO DO ART. 592, II, DO CPC COM O ART. 10 DO DECRETO 3.708/19 - TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - APLICABILIDADE

- A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica presta-se como meio de coibir prejuízo de terceiros quando houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária, ou genericamente infração de disposição legal. Assim, deve ser desconconsiderada a personalidade jurídica da sociedade que, afrontando a legislação societária, se dissolve irregularmente sem honrar os seus compromissos, devendo os seus sócios responder pelas verbas não pagas (das quais não se excluem os honorários advocatícios), conforme se infere da combinação do art. 592, II, do CPC com o art. 10 do Decreto 3.708/19.

- A teor do art. 589 do CPC e do § 1º do art. 24 da Lei nº 8.906/94, a execução de honorários de advogado far-se-á nos autos principais.

AGRAVO Nº 289.536-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Agravo - Execução de honorários - Teoria da desconsideração da pessoa jurídica - Possibilidade de sua aplicação. - 1 - Cabível a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica para a cobrança de honorários de advogado, pois a *ratio iuris* desse ato extremo de responsabilidade dos sócios-gerentes recai na obrigação de se preservar a licitude dos atos da vida civil, sobretudo do ente formal, nos negócios que realiza. - 2 - Inteligência do art. 592, II, do CPC c/c art. 10 do Dec. 3.708/19. 3 - Agravo 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, 1º de abril de 2003. - Nilson Reis - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouçes.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a palavra sempre brilhante do ilustre Procurador, e estou pedindo vista dos autos.

Súmula - APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL, PEDIU VISTA O RELATOR.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouçes.

O Sr. Presidente (Des. Francisco Figueiredo) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25.03.2003, a pedido do Relator, após a sustentação oral.

Com a palavra o Des. Nilson Reis.

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de agravo de instrumento, interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em face de decisão, que rejeitou pedido de inclusão de sócios-gerentes no pólo passivo da ação de execução de honorários de advogado (fl. 37-v.-

TJ), ajuizada pela recorrente em desfavor de Para Ônibus Indústria de Auto Peças Ltda.

Inconformada, sustenta a agravante, em síntese, que a agravada teria sido dissolvida irregularmente; e por isso seus sócios-gerentes respondem pessoalmente pela satisfação do débito exequendo, conforme teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sem contraminuta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de exarar parecer (fl. 70-TJ).

Autos relatados, passo à decisão.

Sobressai dos autos instrumentais que a agravante promove a execução de honorários de advogado arbitrados em ação declaratória de compensação e que, não obtendo êxito em localizar a agravada para citá-la, requer a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, para que os sócios-gerentes respondam pela satisfação do crédito a que tem direito.

Ensina o autorizado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na sua obra *Instituições de Direito Civil*, 15ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 208-209, que:

Conforme vimos (nº 57, *supra*), o princípio da responsabilidade civil da pessoa jurídica tende a se ampliar, seja com a idéia de presunção de culpa, seja de maneira mais franca com a conquista da doutrina do risco, segundo a qual o dever indenizatório decorre da relação de causalidade entre o fato e o dano (ver nossa Responsabilidade Civil, nº 231), a dizer que 'haverá obrigação de reparação' quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Distinguindo a responsabilidade do ente moral relativamente aos seus integrantes - *societas distat a singulis* -, acobertavam-se ele (e muito particularmente os seus administradores) de todas as consequências, salvo nos casos de individualmente incorrerem em falta.

Sentindo os inconvenientes desta imunidade, o direito norte-americano engendrou a doutrina da *disregard of legal entity*, segundo a qual dever-se-á desconsiderar a pessoa jurídica quando, em prejuízo de terceiros, houver por parte dos órgãos dirigentes, a prática de ato ilícito, ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária, ou genericamente infração de disposição de legal.

A doutrina, com o título de 'desconsideração da pessoa jurídica', recebeu acolhida entre nós por boa sorte de escritores, como sejam: Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa*

Jurídica, Saraiva, São Paulo, 1949; Luiz Roldão de Freitas Gomes, 'Desconsideração da Pessoa Jurídica', estudo em *O Direito*, 1990, p. 1 e segs.; Marçal Justen Filho, 'Desconsideração da Personalidade Jurídica', in *Revista dos Tribunais*, 1987, p. 154 e segs.; Fran Martins, *Comentários à Lei das S.A.*, v. 3, p. 243; Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 287; Gierci Giarreta, 'Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica (*Disregard Doctrine*)', in *Revista de Direito Civil*, nº 48, 1989, p. 7 e segs.; Rubens Requião, artigo publicado em *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12; João Batista de Almeida, *A Proteção Jurídica do Consumidor*, Editora Saraiva, p. 77.

Como visto, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica presta-se como meio de coibir prejuízo de terceiros, quando houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito, ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária, ou genericamente infração de disposição legal.

É o caso dos autos, pois, constata-se que a agravada se encontra em lugar incerto e não sabido (fl. 31-TJ), e, mais, que junto à Jucemg não existe qualquer alteração contratual modificadora de endereço da referida empresa; aliado a isto, há, ainda, o fato de ela estar com sua inscrição estadual bloqueada (fls. 36-37-TJ), o que demonstra, a meu ver, prática de ato ilícito, mais especificamente infração à disposição legal suficiente para que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica opere seus efeitos.

Diante de tais fatos, resta suficientemente demonstrado que a sociedade executada se dissolveu de forma irregular, o que constitui infração da legislação societária, atribuindo aos sócios-gerentes a responsabilidade pelas verbas não pagas (das quais não se excluem os honorários advocatícios), conforme dispõe o vetusto Decreto 3.708/19:

Art. 10. Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

A *ratio iuris* desse ato extremo de responsabilidade dos sócios-gerentes recai na obrigação de se preservar a licitude dos atos da vida civil, sobretudo do ente formal, nos negócios que realiza. Aliás, a função social da empresa, por si só, explica o porquê da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica e de sua oportunidade de atuação.

E nem se diga que o fato de os sócios da agravada não figurarem na demanda em que se deu a condenação em honorários impediria o deferimento da medida, uma vez que, havendo a ação declaratória, proposta pela agravada contra a agravante, sido julgada improcedente, com a condenação da autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, a execução destes far-se-á nos autos principais, como é previsto no artigo 589 do CPC.

Não bastasse, o § 1º do artigo 24 da Lei 8.906/94 dispõe que, sendo da conveniência do advogado, o processamento da execução dos honorários será nos mesmos autos da ação em que tenha atuado.

Outrossim, a inclusão dos sócios encontra respaldo no artigo 592, II, do CPC (Ficam sujeitos à execução os bens: ... II - do sócio, na forma da lei), a respeito do qual assim se manifestou ARAKEN DE ASSIS:

a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada, em virtude de fraude ou infração à lei (*disregard doctrine*), de forma episódica, responsabilizando a pessoa natural que a utilizou abusiva ou fraudulentamente. Em tal sentido dispõe o art. 10 do Dec. nº 3.708/19, segundo o qual os sócios-gerentes, de ordinário, irresponsáveis, respondem perante terceiros pelas dívidas sociais, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Nada há de novo no instituto, ressalva feita à sua exata compreensão, que beneficia toda a sorte de credores (in *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000).

Finalizando, ressalto, pela relevância, que o sócio é responsável não por ser sócio, mas sim porque deu fim à sociedade sem honrar os compromissos daquela. Ou seja, é a dissolução irregular da sociedade, a ilicitude que o torna solidariamente responsável pelos débitos da mesma.

Assim sendo, dou provimento ao agravo, e caso a decisão agravada.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - REMUNERAÇÃO - MUDANÇA NA SISTEMÁTICA - LEI ESPECÍFICA - NECESSIDADE - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO POR INTERMÉDIO DE PORTARIA - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XV, DA CF/88

- Não se configurando as exceções delineadas no inciso XV do art. 37 da CF/88, a redução de remuneração de servidores viola o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

- Em conformidade com inciso X do art. 37 da CF/88, a política de vencimentos dos servidores submete-se a um regramento vigoroso, que impõe a elaboração de lei específica, para que se promova mudança na sua sistemática, devendo, ainda, respeitar a iniciativa privativa.

- É inadmissível a utilização de portaria que conta com a participação isolada do presidente do Legislativo para revogar benefícios concedidos a servidores por intermédio de resolução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 284.381-1/00 - Comarca de Ibirité - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Administrativo - Servidor público - Princípio da irredutibilidade de vencimentos - Permanência na ordem constitucional - Exceções que não lhe retiram a condição de regra - Portaria da Câmara Municipal que, no caso concreto, importou na redução da remuneração de servidores do Poder - Ofensa ao princípio - Não-configuração das exceções à regra - Necessidade, de outro modo, de que se editasse lei específica, respeitada ainda a iniciativa privativa.

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, 24 de março de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Pinheiro Lago* - Conheço da remessa necessária.

A irredutibilidade de vencimentos permanece consagrada no ordenamento constitucional; recente reforma tão-somente tratou de excepcioná-lo, de modo que, mesmo perdendo o traço da intangibilidade, não deixou de ser regra, continuando a reger, fora as situações particulares contidas na nova estrutura do princípio, o regime jurídico do servidor público.

A propósito, estabelece o art. 37, XV, da Constituição, pela nova redação da Emenda Constitucional nº 19/98:

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Sobre as exceções ao princípio, tem-se que o inciso XI diz respeito à sistemática do teto remuneratório; o inciso XIV, a acréscimos pecuniários, que não se acumulam para efeito de outorga de vantagens posteriores; ao passo que o art. 39, § 4º, regulamenta o subsídio, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória a quem receba tal parcela, tratando as demais normas de aspectos tributários que envolvem a proibição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, a previsão acerca da criação do imposto de renda e os critérios de generalidade, universalidade de progressividade que o informam.

Nenhuma das hipóteses delineadas retro foi configurada no caso concreto, donde inconstitucional o comportamento da autoridade coatora, sobre a redução da remuneração dos servidores da câmara municipal, porque violador do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Há um outro aspecto, muito bem ressaltado pela Magistrada singular, compreendendo a política de vencimentos que, no plano constitucional, submete-se a um regramento vigoroso, que impõe a elaboração de lei específica para que se promova mudança na sua sistemática, fazendo-se necessário, ainda, respeitar a iniciativa privativa.

A respeito, institui o art. 37:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, asse-

gurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Na situação em apreço, o que se tem é uma portaria baixada pelo Presidente da Edilidade, que nem mesmo passou pelo crivo de aprovação dos demais componentes do Poder.

Identifica-se, no tocante ao auxílio-refeição, que foi concedido através de resolução da Câmara Municipal, de modo que não poderia ser revogado por simples portaria, que conta com a participação isolada do Presidente.

CASAMENTO - REGIME DE BENS - MAIORES DE SESSENTA ANOS DE IDADE - REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - OBRIGATORIEDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.641 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

- O novo Código Civil, em seu art. 1.641, estabeleceu que o regime de separação de bens é obrigatório para os nubentes, caso algum deles tenha idade superior a sessenta anos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.227-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Regime de bens - Separação total - Maiores de sessenta anos - Obrigatoriedade - Códigos civil de 1916 e 2003. - "O novo Código Civil estabeleceu que o regime de separação de bens é obrigatório para os novos nubentes, caso algum deles, ou ambos, tenha idade superior a sessenta anos".

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Alvim Soares* - Recurso de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Vara de Registros Públicos desta Capital, os apelantes Eny Pontes Lage e Giuseppe di Gioia afirmaram que vivem em união estável há vinte e quatro anos e que pretendem casar-se sob o regime de comunhão universal de bens, o que não foi permitido pelo Cartório de Registro Civil, vez que,

Isso posto, mantenho a sentença, no duplo grau obrigatório.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. *Alvim Soares* - De acordo.

O Sr. Des. *Antônio Carlos Cruvinel* - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

pela idade dos nubentes, o casamento só poderia realizar-se sob o regime de separação total de bens; requereram autorização para convalidarem núpcias sob o regime da comunhão universal de bens; juntaram documentos.

O Ministério Público manifestou-se nos autos às fls. 32-TJ, opinando pela manutenção da impugnação ao casamento dos interessados; em igual sentido, foi proferida a sentença de fls. 34/36-TJ, julgando improcedente o pleiteado.

Não se conformando com a decisão planicial, os autores apresentaram recurso de apelação, cujas razões se encontram emolduradas às fls. 39/44-TJ, buscando sua reforma, baseando nos mesmos argumentos trazidos na exordial.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 54/56-TJ, opinando pelo desprovisionamento do recurso.

Data venia, as razões lançadas no recurso de apelação, não tismam, nem de leve, os argumentos trazidos pelo prolator do ato sentencial vergastado.

O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916 estabelecia que o regime de bens para aqueles nubentes maiores de sessenta anos para homens e cinquenta e cinco para mulheres seria, obrigatoriamente, o da separação total dos bens; o

novo Código Civil, que entrou em vigor dia 11 de janeiro último, ao tratar do assunto, estabeleceu no artigo 1.641 a idade de sessenta anos, independentemente do sexo, para que os casamentos sejam regidos obrigatoriamente pelo regime de separação de bens.

O artigo 45 da Lei 6.515/77 dispõe:

Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil.

In casu, segundo afirmação dos próprios apelantes, a união estável noticiada iniciou-se em fevereiro de 1978, ou seja, após a promulgação da prefa-

lada lei; não preenchido o requisito temporal, não há falar na aplicação do artigo supracitado; ademais, pelo documento de fls. 06-TJ, percebe-se que o nubente conta mais de sessenta anos, o que faz com que seu casamento seja realizado, obrigatoriamente, sob o regime de separação de bens, não havendo nada de ilegal ou de inconstitucional nessa norma.

Isso colocado, nego provimento ao recurso interposto e mantenho incólume a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - TETO REMUNERATÓRIO - DEPENDÊNCIA DE NORMA REGULADORA - VANTAGEM PESSOAL - GEPI - SUPRESSÃO - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- O STF já se pronunciou no sentido de que não são auto-aplicáveis as normas dos arts. 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição Federal, com as modificações da Emenda Constitucional nº 19/98, dependendo de lei formal, de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do STF, e, não havendo lei federal que regulamente os dispositivos constitucionais, não pode o legislador infraconstitucional aplicar suas leis, ferindo a Carta Magna.

- A Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepe é uma vantagem de natureza pessoal, visto integrar os vencimentos dos ocupantes dos cargos públicos, e, assim, não pode ser suprimida ou reduzida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.251-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidor público - Teto remuneratório - Dependência de norma reguladora - Vantagens pessoais - Impossibilidade de supressão ou redução. - "O STF já se pronunciou no sentido de que não são auto-aplicáveis as normas do art. 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição Federal, com as modificações da EC 19/98, dependendo de lei formal, de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do STF, e, não havendo lei federal que regulamente os dispositivos constitucionais, não pode o legislador infraconstitucional aplicar suas leis, ferindo a Carta Magna". "A Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepe é uma vantagem de natureza pessoal visto integrar os vencimentos dos ocupantes dos cargos públicos e, sendo assim, não pode ser suprimida ou reduzida".

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de abril de 2003. - Alvim Soares - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Aportam os autos neste Tribunal, em decorrência do disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51.

Perante a Quarta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte, José das Graças Costa impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, em face do Diretor da Superintendência Central de Pessoal da Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração de Minas Gerais, alegando que foi determinado pela autoridade coatora descontos em folha de pagamento a título de "reposição de vencimentos e vantagens" e "anulação de acerto da remuneração mensal", sob alegação de que sua remuneração ultrapassa o teto vigente permitido pela Constituição do Estado de Minas Gerais; alega, ainda, que as normas emanadas dos artigos 37, XI e 39, § 4º, da Carta Magna não são auto-aplicáveis; ao final requereu a concessão da segurança e o deferimento preventivo de liminar.

A autoridade tida como coatora prestou suas informações, após concessão da liminar, às fls. 276/278-TJ, alegando que o limite remuneratório dos servidores públicos estaduais é a remuneração do cargo de Secretário de Estado, estabelecido pelo § 1º do art. 24 da Constituição Estadual e que, em cumprimento ao referido dispositivo, está sendo anulado, do somatório do vencimento básico e Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepe do impetrante, o valor que exceder a remuneração do cargo de Secretário de Estado; realça, mais, que a Gepe não pode ser caracterizada como vantagem pessoal.

O Ministério Público do primeiro grau mostrou presença nos autos, às fls. 298/304-TJ, opinando pela concessão da segurança; a sentença encontra-se emoldurada às fls. 306/310-TJ, concedendo a segurança almejada.

Irresignado, o Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação cujas razões estão lastreadas às fls. 316/322-TJ, buscando a reforma da decisão singular; contra-razões às fls. 326/357-TJ; os autos aqui aportaram em virtude do duplo grau de jurisdição; a nova Lei 10.352/01 aqui não tem aplicação, por se tratar de mandado de segurança que tem legislação específica.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às fls. 367/371-TJ, opinando pela manutenção da sentença.

Data venia, tenho que a decisão *sub examine* deve ser mantida em todos os seus termos.

O STF já se pronunciou no sentido de que não são auto-aplicáveis as normas do art. 37, XI, e 39, §

4º, da Constituição Federal, com as modificações da EC 19/98, dependendo de lei formal, de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do STF; e, não havendo lei federal que regulamente os dispositivos constitucionais, não pode o legislador infraconstitucional querer aplicar suas leis, ferindo a Carta Magna. Neste sentido o Recurso Extraordinário 274.753/SP, julg. em 29.08.2000, DJ de 24.11.00.

Mister trazer a lume lição de EDIMUR FERREIRA DE FARIA:

A Administração de alguns Estados, dentre eles o de Minas Gerais, no momento, tem entendido que, para o atingimento do teto constitucional, consideram-se também as vantagens pessoais. Esse entendimento leva à supressão de adicionais por tempo de serviço de determinado servidor, se a soma de suas vantagens pecuniárias for superior à remuneração do Secretário de Estado. Essa orientação não encontra abrigo jurídico. Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que as vantagens pessoais podem ser pagas além do limite. Vantagem pessoal é aquela decorrente da situação individual do servidor. Ela existe em razão da pessoa e não do cargo ocupado. São exemplos, salário família e adicionais por tempo de serviço. Esse entendimento é acolhido pelo Judiciário em todos os seus graus (Direito Administrativo Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 122).

Outro não é o entendimento desta Corte:

Administrativo. Servidor público. Teto remuneratório. Não-incidência da nova regra constitucional, disciplinadora do limite, que compreende também as vantagens pessoais, enquanto não promulgada lei, de iniciativa dos chefes dos três poderes da federação, Legislativo, Executivo e Judiciário (TJMG - Apel. 232.962-1/00(1) Rel. Pinheiro Lago, DJ de 12.04.2002).

Mandado de Segurança. Servidor público estadual. Vantagens pessoais. Teto remuneratório. Vencimentos. Aplicação de redutor. Inaplicabilidade do art. 37, XI, e 39, § 4º, da CF. - Fere direito líquido e certo de servidor público a imposição de teto remuneratório por depender a norma do art. 37, XI, e 39, § 4º, de regulamentação. Do teto remuneratório estabelecido pela Constituição Federal excluem-se as vantagens de caráter pessoal e incluem-se as vantagens em razão do exercício do cargo. Sentença confirmada em reexame obrigatório, prejudicado o voluntário (TJMG - Apel. 240.026-5/00 Rel. José Francisco Bueno, DJ de 26.04.2002).

No que tange à aplicação do art. 39, § 5º, da Constituição da República, tenho que, ao contrário

da redação original do artigo 37, XI, da Carta Magna, que remetia a fixação do teto à lei, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, o dispositivo já define o teto, que deverá ser igual para todos os níveis de governo.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO in *Direito Administrativo*, Atlas, 2001, 13ª ed., p. 446/447:

Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de estabelecer em subtexto decorre do artigo 39, § 5º, segundo o qual "lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI". No entanto, não é esse o sentido do dispositivo.

Mais:

Ainda que se entenda possível a definição de um limite máximo de remuneração ou subsídio inferior ao teto do artigo 37, XI, para fins de aplicação do princípio da irredutibilidade de vencimentos, tem que prevalecer o teto do artigo 37, XI, expressamente mencionado no artigo 37, XV, e no artigo 39, § 4º.

Muito bem ressaltado pelo Sentenciante:

E não se argumente esteja a controvérsia solucionada frente à norma esculpida no artigo 24, § 1º, da

Constituição Estadual. Isto porque, a se considerar o mandamento esculpido no referido artigo, a observância ao limite fica ainda impossível em face de sua fixação com base nos valores percebidos, como remuneração, em espécie, a qualquer título, por Secretário de Estado, vez que englobadas aqui estariam as parcelas pessoais, alterando-se o limite conforme o agente que se levasse em consideração.

Por fim, a Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepi é uma vantagem de natureza pessoal, visto integrar os vencimentos dos ocupantes dos cargos; e, sendo assim, não pode ser suprimida ou reduzida.

Assim, violado foi de forma irrefutável o direito do impetrante, razão pela qual mantenho a decisão singular sob apreciação e julgamento em sua integralidade, em reexame necessário; prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

OPOSIÇÃO - AJUIZAMENTO POR QUEM TEM LEGITIMIDADE PARA HABILITAR-SE NO PROCESSO - INDEFERIMENTO DA INICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 56 DO CPC

- A oposição é dirigida contra o autor e contra o réu, ao mesmo tempo, nos termos do art. 56 do *Civile Adjectio Codex*. Sendo a ação de intervenção incidente, só pode ser proposta por alguém que não é parte da ação-base, ou seja, somente o terceiro pode ajuizar ação de oposição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 296.168-8/00 - Comarca de Timóteo - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Inventário - Oposição - Art. 56 do CPC - Indeferimento da exordial. - A oposição é dirigida contra o autor e contra o réu, ao mesmo tempo, nos termos do art. 56 do *Civile Adjectio Codex*. Sendo a ação de intervenção incidente, só pode ser proposta por alguém que não é parte da ação-base, ou seja, somente o terceiro pode ajuizar ação de oposição.

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, 22 de maio de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Hyparco Immesi* - Foi a apelação interposta nos autos da oposição ajuizada por Onailda Ferreira Gomes de Paula no inventário de Geraldo Santiago, na qualidade de sua esposa.

A r. sentença de fls. 16/16-v.-TJ, da lavra do conceituado Magistrado Dr. Juscelino José de Magalhães, indeferiu a exordial, ao fundamento de que "...as questões trazidas na oposição são pertinentes ao inventário e a oponente tem legitimidade para nele habilitar-se" (fls. 16-in fine/17).

Irresignada, apela a oponente (fls. 18/21), aos seguintes argumentos: a) pleiteou os benefícios da gratuidade judiciária, não tendo o d. Magistrado se manifestado a respeito; b) que a apelante requereu vista, nos autos do inventário, "... tendo o MM. Juiz de primeiro grau feito ouvidos moucos em relação ao pedido..." (fl. 20); c) que, por isso, entendeu-se que ele não considerou a apelante como parte no feito, motivo pelo qual lhe restou fazer oposição (fl. 20).

Há contra-razões (fls. 23/26).

O Ministério Público de 2º grau, por seu ilustre Procurador de Justiça, Dr. Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, entende desnecessária a participação do *Parquet* (fl. 34).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A oposição é ação de intervenção incidente, que pode ser proposta por alguém que não é parte da ação-base. É o que se extrai do art. 56 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida sentença, oferecer oposição contra ambos.

No caso dos autos, a oponente-apelante foi devidamente arrolada na exordial do inventário (autos em anexo), podendo nele intervir quando quiser. Tanto isso é verdade que ali se habilitou (no inventário), na qualidade de esposa do falecido, como se vê naqueles autos (fl. 22).

O fato de não lhe ter sido concedida a vista dos autos na forma como requerido (fl. 22 do inventário) não justifica o ingresso de oposição, que é reservada, como salientado alhures, àqueles que não são parte da ação-base.

Na realidade, como entendeu a r. sentença verberada, é caso de indeferimento da respectiva inicial, pois somente o terceiro pode ajuizar ação de oposição. Desmerece, pois, qualquer reparo o r. *decisum*.

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

TESTAMENTO - DOAÇÃO POSTERIOR - IMÓVEL - PERCENTUAL SUPERIOR À PROPRIEDADE DO DOADOR - FALECIMENTO DO TESTADOR/DOADOR - RETIFICAÇÃO JUDICIAL DA ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA PROPOSITURA DE OUTROS RECURSOS - LITISCONORTE NECESSÁRIO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO SUPRIDA PELO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AOS AUTOS - TESTAMENTO CONJUNTIVO RECÍPROCO - INOCORRÊNCIA - DISPOSIÇÃO REALIZADA EM ATOS DISTINTOS - VALIDADE

- Os embargos declaratórios interrompem o prazo para interposição de recursos, ainda que sejam aviaados em autos apensos, se a decisão de que se recorre é única.

- O comparecimento espontâneo de litisconsorte necessário aos autos, demonstrado por intermédio de contestação, supre eventuais irregularidades em sua citação.

- O art. 1.630 do Código Civil Brasileiro veda o testamento conjuntivo recíproco feito por intermédio de um só instrumento, pelo qual, em detrimento de herdeiros legítimos, possibilita a cada um dos mútuos testadores assumir a posição que, legalmente, caberia aos herdeiros necessários. Entretanto, será plenamente válida a disposição que não foi realizada em um só testamento, mas consignada em atos distintos e independentes.

- O ato de doação praticado por agentes capazes e com observância das normas legais, sendo atendidos todos os preceitos contidos nos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, não se encontra eivado de nulidade.

- Ao consignar, em escritura de doação, percentual superior àquele que o doador detinha em imóvel, fica evidenciada a sua intenção de transferir todo o percentual de sua propriedade. Assim, comprovada a observância dos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, deve ser deferido o pedido de retificação judicial da escritura, para restringir a doação ao percentual do imóvel de que era detentor o doador, já falecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.120-5/00 (em conexão com a Apelação Cível nº 290.103-1/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação ordinária - Testamentos instituindo herdeira universal - Posterior doação do imóvel - Inventário - Art. 1.630 do CCB - Retificação judicial de escritura de doação - Partilha homologada nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento das testadoras/doadoras - Pedido julgado procedente - Preliminares de não-conhecimento do recurso por intempestividade e de nulidade de decisão devidamente afastadas - Não-provimento do recurso, quanto ao mérito. - 1. Interrompendo os embargos declaratórios o prazo para interposição de recurso de apelação, é de ser afastada preliminar de não-conhecimento do recurso por sua intempestividade. - 2. Rejeita-se preliminar de nulidade da decisão por ausência de citação de litisconsorte se este, espontaneamente, comparece aos autos, sanando qualquer irregularidade. - 3. Revestido o ato de doação de todos os requisitos legais, não havendo qualquer vício que o macule de nulidade, sendo atendidos todos os preceitos contidos nos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, ao recurso é de se negar provimento, confirmando a r. decisão no que pertine ao mérito da demanda. - 4. Rejeição das preliminares e não-provimento do recurso interposto.

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 abril de 2003. - Célio César Paduani - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelos apelantes o Dr. Aristóteles Atheniense e pelos apelados, o Dr. Pedro Schmidt de Brito.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Conforme consta da parte expositiva, cuida-se de apelação

manifestada por Maria Isabel Álvares da Silva Grossi e outros em face da r. sentença proferida pela MMª Juíza de Direito da 23ª Vara Cível desta Comarca, que, nos autos da ação ordinária a eles proposta por Deyla Rodrigues Álvares de Medeiros e outros, julgou procedente o pedido, determinando a retificação da escritura pública da doação, efetuada por Izabel Amador Álvares da Silva e Maria José Amador Álvares da Silva a Maria Álvares Rodrigues de Souza, do imóvel residencial sito na rua Timbiras, nº 1.697 e seu respectivo terreno formado pelo lote 24 do Quarteirão 24, da 4ª Seção Urbana, restringindo esse ato de liberalidade à transferência da fração correspondente a 93,5572% (noventa e três inteiros, cinco mil, quinhentos e setenta e dois décimos de milonésimos por cento) do referido imóvel, expedindo-se para tanto o competente mandado ao Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, para fins de possibilitar seu devido registro.

Outrossim, declarou nula a partilha homologada nos autos do inventário, Processo nº 02497.032.788-8, com trâmite perante a 3ª Vara de Sucessões e Ausência da Comarca de Belo Horizonte, expedindo-se o competente mandado ao Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, tornando sem efeito o registro do formal de partilha havido no inventário referido e, conseqüentemente, revogando a transferência das frações alusivas ao imóvel residencial, e que foram realizadas à razão de 15,5928% para cada um dos beneficiários.

Irresignados com a decisão que lhes foi desfavorável, dela recorrem Maria Isabel Álvares da Silva Grossi e outros (fls. 248/260) mediante os mesmos argumentos contidos no apelo de fls. 319/330 dos autos em apenso, alegando, preliminarmente, a nulidade do *decisum*, por ausência de citação do herdeiro Máximo Álvares.

Quanto ao mérito, pleiteiam a reforma da decisão por infringência ao disposto no artigo 1.630 e segs. do Código Civil Brasileiro, assegurando aos apelados direitos sucessórios decorrentes de testamentos conjuntivos, recíprocos, simultâneos e correspectivos.

Aduzem que a doação feita pelas testadoras após a celebração dos testamentos se encontra eivada de vícios, razão pela qual não pode prosperar.

Terminam por alegar que as partícipes praticaram ato de liberalidade sobre bem que não lhes pertencia integralmente, sendo certo que não detinham pleno conhecimento do ato que realizavam, requerendo, ao final, o provimento do apelo para cassar a r. sentença pela nulidade *ex radice*.

As fls. 271/279 vieram aos autos cópias dos embargos declaratórios aviados nos autos em apenso e suas respectivas decisões.

Instada a manifestar-se no feito, a d. outa Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer de fls. 296/299, opinando pelo não-conhecimento do recurso, em face de sua intempestividade, e, ultrapassada esta, pela nulidade da decisão, por ausência de citação de litisconsorte necessário.

É o relatório.

Decide-se.

Inicialmente, passo à análise da preliminar suscitada pela d. outa Procuradoria-Geral de Justiça de não-conhecimento do recurso, à consideração de ser este intempestivo.

Verifica-se, da certidão de fl. 316, que as decisões relativas a ambos os embargos de declaração aviados foram publicadas no *Diário da Justiça* na data de 05 de fevereiro de 2002 (terça-feira).

Ora, se a interposição de embargos declaratórios interrompe o prazo para interposição de outros recursos, iniciou-se a contagem do prazo recursal no primeiro dia útil seguinte, ou seja, 06 de fevereiro, findando-se a 20 de fevereiro daquele ano, data em que foi protocolizado o apelo.

Muito embora tenham sido os embargos aviados nos autos em apenso, a decisão de que ora se recorre é única, razão pela qual não merece prosperar a alegação de intempestividade.

Assim, rejeitando a preliminar suscitada, conheço do recurso, verificada a presença dos demais pressupostos que regem sua admissibilidade.

No que pertine à preliminar de nulidade do feito por ausência de citação do Sr. Máximo Álvares, tenho que também esta é de ser rejeitada.

Verifica-se da contestação anexada aos autos, às fls. 164/185, nela constar o nome do Sr. Máximo Álvares. Assim, ainda que existente qualquer vício a ensejar a irregularidade de citação, esta se completou, tornando-se válida com o comparecimento espontâneo do réu.

Rejeito, pois, tal preliminar.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

O Sr. Des. Célio César Paduani - Quanto ao mérito, mister salientar que os recorridos ingressaram com a presente ação ordinária, objetivando sua inclusão como litisconsortes ativos necessários, na qualidade de sobrinhos da falecida Maria Álvares Rodrigues de Souza, possuindo o mesmo objeto da ação cautelar em apenso.

Saliente-se que as razões em que se funda o recurso dos apelantes são as mesmas contidas na Apelação nº 290.103-1, razão pela qual vou negar provimento ao presente apelo, utilizando-me dos mesmos fundamentos contidos em minha declaração de voto, pedindo *venia* para citar parte do que ali restou decidido.

Interfere-se do presente processado que na data de 12 de fevereiro de 1970 foram lavrados perante o Cartório do 4º Ofício de Notas de Belo Horizonte dois testamentos públicos, comparecendo como testadoras Isabel Amador Álvares da Silva e Maria José Amador Álvares da Silva (irmãs, solteiras e sem herdeiros necessários), favorecendo a Maria Álvares Rodrigues de Souza, tida como 'filha de criação' das testadoras e tia dos autores recorridos.

Em 12 de julho de 1979, as testadoras Izabel Amador Álvares da Silva e Maria José Amador Álvares da Silva, após terem declarado Maria Álvares como sua herdeira universal pelos testamentos acima referidos, fizeram uma doação a favor de Maria Álvares Rodrigues de Souza, tendo como objeto a totalidade da propriedade que estas possuíam na casa de nº 1697, da Rua Timbiras, com todas as suas benfeitorias, instalações, pertences e terreno, conservando-se para as doadoras o usufruto do imóvel.

Para tanto, foi lavrada escritura pública no Livro nº 355-C, às fls. 48-v. e 49-v., perante o Cartório do 1º Ofício de Notas de Belo Horizonte, na referida data de 12 de julho e distribuída ao Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, pelo nº 30416, em data de 20.07.79.

Falecendo as testadoras nos anos de 1985 e 1988, respectivamente, veio a falecer na data de

18.08.1996, sem testamento, Maria Álvares Rodrigues de Souza, cujo inventário recebeu o nº 02496.0787034, em que não foi arrolado o imóvel objeto do litígio, posto que ainda não estava registrado em nome da autora da herança.

Posteriormente, no ano de 1997, pelo rito de arrolamento, deu-se o inventário dos bens deixados pelo falecimento de Izabel Amador A. Silva e Maria José Amador A. Silva, cujo único bem arrolado foi justamente o imóvel da Rua Timbiras, sem que fosse dada ciência ao Juízo da existência dos testamentos e da doação já efetivada.

Julgado e homologado o esboço da partilha, foram aquinhoados os herdeiros com suas respectivas quotas-partes, todas alusivas ao imóvel.

Falecendo a Sra. Maria Álvares e aberto seu inventário, foram habilitados seus herdeiros, litisconsortes ativos, requerendo a retificação judicial da escritura de doação, restringindo-se aos 93,5572%, e que seja declarada nula, ou, alternativamente, anulada a partilha homologada nos autos do Inventário nº 02497 032788-8, cancelando-se o registro do formal de partilha.

Assim, na data de 19 de dezembro de 1997, ingressaram os recorridos com ação cautelar preparatória objetivando a suspensão de qualquer transferência de propriedade do imóvel, que, distribuída para a 23ª Vara Cível (Autos nº 02497127787-6, em apenso), recebeu a liminar considerando-se inalienável o percentual de 93,5572% do referido imóvel, oficiando-se ao Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis.

Saliente-se que o restante do imóvel em litígio (6,4430%) já era de propriedade da falecida Maria Isabel, em função do inventário dos bens deixados pelo falecimento de seu pai, Antonio Amador Álvares da Silva, irmãos das testadoras falecidas.

Pois bem.

O vício alegado pelos réus na doação efetivada, por falta de conhecimento das testadoras que teriam sido induzidas pela donatária, não se fez provar e, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, aos réus/apelantes incumbia tal ônus.

O ato foi praticado por agentes capazes e em observância dos preceitos legais, não havendo qualquer vício que o macule de nulidade, sendo atendidos todos os preceitos contidos nos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, quais sejam, celebrada por agentes capazes, mediante escritura pública, e instituída a reserva de usufruto em favor das testadoras.

No que respeita aos testamentos, tem-se que estes foram firmados observando-se a estrita legalidade,

sendo todas as testadoras plenamente capazes para a prática dos atos da vida civil, estando perfeitamente aptas a disporem de seus bens na forma como melhor lhes apossessem.

Ademais disso, como bem observou a MMª Juíza, 'considerando-se ainda que dispuseram de seu patrimônio por meio de testamento público, tal capacidade restou ratificada pela fé de que goza o oficial público, atestando este que ambas estavam em 'seu perfeito juízo e entendimento' (fls. 26 e 29), para deliberar 'de sua livre e espontânea vontade, sem constrangimento ou coação alguma' (fls. 26/27 e 29) acerca da disposição de seus bens, instituindo como herdeira universal a Sra. Maria Álvares Rodrigues de Souza'.

É bem verdade que o art. 1.630 do Código Civil veda expressamente o testamento conjuntivo recíproco, pelo qual, em detrimento de herdeiros legítimos, passa cada um dos mútuos testadores a assumir a posição que, legalmente, cabe aos herdeiros necessários. Contudo, a disposição não foi efetivada em um só testamento, sendo realizados por atos distintos e plenamente válidos.

Por fim, quanto à prova testemunhal colhida, especialmente arroladas pelos réus/ora apelantes, também a outra conclusão não poderia apontar a MMª Juíza que não pela procedência do pedido, limitando-se a confirmar o grau de parentesco até então existente.

Por fim, quanto à alegação de que a doação teria sido realizada a *non domino* pelo fato de as doadoras não serem proprietárias da totalidade do imóvel, postulando a nulidade do ato, razão não lhes assiste, visto que as doadoras manifestaram sua vontade de doar a propriedade do bem que detinham, ainda que correspondente a 93,5572%.

No que pertine aos autos da cautelar em apenso, sua análise resta prejudicada em face do desfecho dado à causa.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

É o voto.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Os irrefutáveis argumentos lançados pelo douto Relator em seu voto mostram que a doação não está contaminada de nulidade. Assim, a única censura que se pode fazer a tal ato corresponde à limitação da liberalidade à fração de 93,5572%, que é a parte do imóvel residencial pertencente às doadoras. Assim sendo, deve prevalecer a doação, já que outra solução não se vê mais lógica ao desfecho da causa, como seja, rejei-

tar as preliminares e negar provimento ao recurso. Assim sendo, acompanho, na sua integralidade, o erudito voto do douto Relator.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. ADIADO A PEDIDO DO DES. VOGAL, APÓS VOTAREM RELATOR E REVISOR NEGANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Lellis Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.04.2003, a pedido do Vogal, após rejeitadas as preliminares, o Relator e o Revisor negavam provimento à apelação.

Com a palavra o Des. José Domingues Ferreira Esteves.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Nestes autos, de ação de anulação de partilha, cinge-se a questão fulcral em saber se devem ser incluídos na proibição do art. 1.630 do Cód. Civil atos de disposição testamentária, realizados, não através de um só, mas de dois ou mais instrumentos, com beneficiamentos recíprocos.

Estou, com efeito, em que a resposta se mostra coincidente com as razões expendidas pelos apelados.

É que somente as disposições testamentárias, com reciprocidade entre os testadores, feitas através de um só instrumento é que são proibidas; isso, ao que entendo, se prende ao caráter unilateral da disposição testamentária.

A respeito, a lição de J. M. CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Comentado*, Livraria Freitas Bastos S.A., v. XXII, 7ª ed., p. 420/438):

Testamento conjuntivo, objeto da proibição expressa do texto, é aquele que consiste em dois atos feitos num só, como os do direito anterior, em que marido e mulher se instituíam herdeiros mutuamente e eram, por isso mesmo, chamados de mão comum. A razão da proibição, consignada na maioria das legislações (permitem o testamento conjuntivo somente os Códigos austríaco, alemão e venezuelano) está em que o testamento é ato persona-

líssimo, exigindo completa independência de vontade do testador.

E acrescenta ao texto:

De acordo com a melhor doutrina, nada obsta a que diversas pessoas, em atos separados, disponham em favor de um terceiro, ou, mesmo, em proveito recíproco.

Pouco importa mesmo que tais disposições tenham sido feitas ao mesmo tempo, a dizer, na mesma data, e nos mesmos termos, desde que estejam consignadas em atos distintos e independentes (fl. 421).

O Pretório Excelso, no julgamento do REsp 88.388/SP, de que foi Relator o Min. Aldir Passarinho, assim decidiu a respeito da mesma questão:

Civil. Testamentos conjuntivos. Realização em atos distintos. CC, art. 1.630. Não- configuração.

- I - o testamento é consubstanciado por ato personalíssimo de manifestação de vontade quanto à disponibilização do patrimônio do testador, pelo que pressupõe, para sua validade, a espontaneidade, em que o titular dos bens, em solenidade cartorária, unilateral, livremente se predispõe a destiná-los a outrem, sem interferência, ao menos sob o aspecto formal, de terceiros.

- II - O art. 1.630 da lei substantiva civil veda o testamento conjuntivo, em que há, no mesmo ato, a participação de mais alguém além do testador, a indicar que o ato, necessariamente unilateral na sua realização, assim não o foi, pela presença direta de outro testador, a descaracterizá-lo com o vício da nulidade.

- III - Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do *de cuius*, deixando suas cotas para sua ex-sócia e concubina, e o outro por ela feito constituíram atos distintos, em que cada um compareceu individualmente para expressar seu desejo sucessório, inaplicável, à espécie, a cominação prevista no referenciado dispositivo legal, corretamente interpretado pelo Tribunal a quo.

- IV - Recurso especial não conhecido. (DJ de 27.11.2000, p. 164, RT, 787/189).

Com essas considerações, acompanho os doutos votos que me antecederam, para, também, negar provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

MENOR - ADOLESCENTE ENTRE QUATORZE E DEZESSEIS ANOS - TRABALHO - PROIBIÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98, QUE ALTEROU O ART. 7º, XXXIII, EMBORA MANTIDO O INCISO I DO § 3º DO ART. 227 DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL - CABIMENTO EM CONFORMIDADE COM A COMBINAÇÃO DO ART. 5º, XIII, COM O ART. 60, § 4º, IV, DA CARTA MAGNA - ALVARÁ AUTORIZATIVO PARA TRABALHO DE MENOR - COMPETÊNCIA - JUÍZO ESTADUAL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

- Compete ao Juízo Estadual da Infância e da Juventude autorizar, por intermédio de alvará, o trabalho de adolescente nos termos da combinação dos arts. 405, § 2º, e 406 da CLT com o art. 61 da Lei nº 8.069/90-ECA, eis que a Justiça Federal não dispõe de órgão próprio de infância e juventude.

- Os direitos e garantias individuais constituem cláusulas pétreas, não podendo ser alterados por emenda constitucional, conforme se infere do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Assim, uma vez que a alteração do inciso XXXIII do art. 7º, feita pela Emenda nº 20/98, envolve direito individual previsto no art. 5º, XIII, da Carta Magna, pode ser declarado inconstitucional em procedimento singular de jurisdição voluntária, em controle difuso de constitucionalidade, com efeito *inter partem*, não *erga omnes*, não fazendo coisa julgada, estando implícita a cláusula *rebus sic stantibus*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 307.539-7/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Trabalho de adolescentes maiores de quatorze e menores de dezesseis anos de idade - Proibição pela Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou o artigo 7º, XXXIII, da CF/88, mantido, embora, o disposto no artigo 227, § 3º, I - Inconstitucionalidade declarada incidentalmente. - A mencionada alteração constitucional, indubitavelmente, feriu cláusula pétrea da Carta Magna, insculpida no rol dos direitos individuais através do art. 5º, XIII, o que é vedado pela via de Emenda Constitucional advinda de Poder Constituinte Derivado Reformador, consoante o artigo 60, § 4º, inciso IV, da mesma CF. - Tal inconstitucionalidade poderá ser declarada em procedimento singular de jurisdição voluntária, em controle difuso de constitucionalidade, com efeitos intrapartes, não *erga omnes*, não fazendo coisa julgada, estando implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. - É da competência do Juízo Estadual da Infância e da Juventude autorizar, através de alvará, o trabalho de menor, nas condições do ECA, da CF e da CLT, assim disposto nos artigos 405, § 2º, e 406 da CLT, tratando-se de função precípua e de competência absoluta, não sendo função da Justiça do Trabalho nem da Justiça Federal.

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2003. - Orlando Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de pedido endereçado ao Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Cláudio/MG, requerendo alvará judicial concessivo de autorização para trabalho na empresa Cerâmica Souza Gonçalves Ltda., situada na mencionada cidade, precavendo-se de possíveis autuações, dadas as vedações advindas da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou as disposições do art. 7º, inciso XXXIII, embora mantido intacto o disposto no art. 227, § 3º, I, da mesma Carta Magna, dispondo sobre direitos individuais, impossíveis de serem alterados através de emenda, consoante os preceitos contidos no art. 60, § 4º, IV, da mesma Constituição.

A r. sentença de fls. 17/19, de 20/dezembro/2001, deferiu o alvará requerido, embora reconhecendo não ser o requerente atingido por qualquer vedação oriunda da EC 20/98, por já ter completado 16 anos de idade e ter direito adquirido quanto ao instrumento legal para formalização do contrato de trabalho, determinando comunicar-se à DRT/Divinópolis-MG, "para se abster de aplicar sanções à empregadora" pela admissão do requerente do alvará autorizativo do trabalho ao adolescente requerente, sendo a autorização acolhida.

Todavia, a ilustre Procuradora da União no Estado de Minas Gerais, Dr.ª Lilian Evangelista

Araújo Padrão, interpôs recurso de apelação ao eg. TJMG, alegando tratar-se, em verdade, de ação mandamental, prevista no artigo 212, § 2º, do ECA, cabendo a remessa *ex officio*, na previsão do artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, além do art. 475, II, do CPC, ao se imporem encargos à União Federal. Além disso, arguiu incompetência do Juízo prolator da sentença, pois a expedição da CTPS é atividade da União, da competência da Justiça Federal.

No mérito, arguiu que a decisão nega vigência ao artigo 7º, XXXIII da CF, na redação da EC nº 20/98, bem como ao artigo 67, II, do ECA e artigo 405, I, da CLT.

O douto Promotor de Justiça oficiante no feito pede não conhecer-se do recurso, por falta de interesse recursal - perda de objeto. E, se superada esta prejudicial, que se rejeitem as preliminares levantadas pela ilustre representante da União. No mérito, pugna pela manutenção da sentença, ante os fundamentos legais que a embasam,

prestigiando a sentença do Juízo monocrático, que dignifica, em cada édito, o Poder Judiciário das Gerais, ... preservando a dignidade, a sobrevivência, a decência e a Justiça social do caso enfocado.

Tudo visto e sopesado, após lida e relida a r. sentença hostilizada (fls. 17/19), da verve do ilustrado Juiz, Dr. Francisco de Assis Corrêa, e as manifestações do douto e preclaro Promotor de Justiça, Dr. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (fls. 11/16 e 46/66), há que se concluir euforicamente: *ex digito, gigans* (pelo dedo conhece-se o gigante), lamentando-se não estar legível a fotocópia de sua tese e reportagem do *Estado de Minas* (fls. 67/78), tese aprovada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, em Curitiba/PR (26 a 29.10.99), intitulada: "Infância e Juventude. Prioridade: Trabalho do Menor - Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20/98", tese juntada na ADIn 2.096/2000, no STF, da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria.

Com tais prolegômenos, enfrente as teses contrapostas.

1. Do não-conhecimento do recurso, "por falta de interesse de agir - perda do seu objeto".

Indubitavelmente, há que se apoiar a r. sentença, de 20 de dezembro de 2001, merecedora de encoômios e imitação na árdua missão no Juízo da Infância e da Juventude.

Todavia, há que se examinarem as prejudiciais atiradas pela ilustre apelante, por adentrarem

aos umbrais do mérito, além de se evitarem arguições futuras de cerceamento de defesa, lamentando-se, embora, o entrevero entre a representante da União Federal em Minas Gerais e o Juízo Estadual da Infância e da Juventude, quando, ao invés de lutarem "não peito-a-peito, mas ombro-a-ombro", na grandiosa "Ordem-do-Dia do imortal Guerreiro vencedor nunca vencido", Luiz Alves de Lima e Silva, o Duque de Caxias, Patrono do glorioso Exército Nacional, em sua missão pacificadora na Província da Cisplatina, "Guerra dos Farrapos", Rio Grande do Sul, nos longevos idos de 1844/1845, em prol da juventude brasileira, desamparada pelos Poderes Políticos e ameaçada pelos fautores do crime organizado, eis que condenada ao ócio, "mãe de todos os males".

Voltando à arguição prejudicial, efetivamente ocorre a perda de objeto, considerando que o adolescente requerente-apelado já completara 16 anos quando do requerimento do alvará judicial autorizativo do trabalho ofertado, em 30 de novembro de 2001, eis que nascera em 07.08.1985, tendo direito adquirido ao trabalho em face da EC nº 20/98.

Entretanto, pelas razões expostas, conheço do recurso de apelação, tempestivo, porque a União, de fato, não fora intimada ou citada, por desnecessidade.

2. Da natureza da ação.

Efetivamente, não se trata da ação mandamental, como entende a apelante, mas de pedido de "alvará judicial" concessivo de autorização para trabalho, resguardando-se a empresa empregadora de possíveis autuações, por ofertar trabalho a menor púbere, dele necessitado.

Ora, o art. 212 do ECA, Lei nº 8.069/90, diz que "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes", consoante as normas do CPC, dentre elas a ação mandamental, não exclusiva. E, se se aplicam, subsidiariamente, as normas do CPC no ECA, resta lógico caber aplicar-se o procedimento de jurisdição voluntária, sem qualquer prejuízo, pois não faz coisa julgada, podendo ser cassado a qualquer tempo, cabendo aplicar-se o princípio jurídico do *pas de nullité sans grief*, descabendo ao caso aplicar-se o artigo 475, II, do CPC, contido no Livro I - Do Processo de Conhecimento, e, sim o Livro IV - Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária.

Descabe, portanto, ao caso, o reexame determinado *ex officio*, imposto no parágrafo único do art. 12 da Lei Mandamental nº 1.533/51 e no artigo 475, II, do CPC.

3. Da incompetência da justiça estadual, por competir à União a expedição da CTPS.

Equívoca, ainda, é a arguição, *data venia*, eis que a ação não visou obter a CTPS, mas alvará autorizativo do trabalho a menor, pendente do Juízo especializado da Infância e Juventude, espinhosa missão atribuída à Justiça Estadual, importunada no caso presente.

Aliás, como exposto pelo notável Promotor de Justiça atuante no feito, já nominado, a CLT dispõe no capítulo IV - *Da Proteção do Trabalho do Menor*, Seção I - Disposições Gerais:

Art. 402. Considera-se menor, para os efeitos desta Consolidação, o trabalhador de quatorze até dezoito anos.

Parágrafo único. O trabalho do menor rege-se-á pelas disposições do presente capítulo, exceto no serviço em oficinas em que trabalhem exclusivamente pessoas da família do menor e...

Art. 405 - § 2º. O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral.

Art. 406. O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras a e b do § 3º do art. 405:

II - desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral.

Ergo, a competência do Juízo da Infância e da Juventude para assunto pertinente a *trabalho de adolescente* tendo *previsão legal*, de competência absoluta, em razão do Juízo, eis que a Justiça Federal não tem órgão próprio de infância e juventude.

Reitera-se não haver relação direta do tema com a CTPS, e sim com a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20/98, discutida em controle difuso de constitucionalidade, em alvará judicial (procedimento de jurisdição voluntária). Além disso, o ECA, nos seus artigos 60 a 69, regula o trabalho do adolescente, reforçando a competência da Justiça comum estadual (Juízo da Infância e da Juventude).

Neste sentido, é taxativo o art. 61 do ECA, *litteris*:

Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei.

Observe-se que a "legislação especial" é a CLT.

Realço o entendimento do preclaro Juiz, por escorreito e preciso, *verbis*:

Cumpra salientar que a competência jurisdicional quanto ao presente procedimento para expedição de autorização para o trabalho de menor, como no caso dos autos, é deste Juízo da Infância e Juventude, e não da Justiça do Trabalho, pois esta cuida somente de dissídios trabalhistas, e não de autorização para emissão de CTPS ou para o trabalho, como se pretende nestes autos. Tanto é verdade que os artigos 405, § 2º, e 406, ambos da CLT, remetem tal mister ao Juízo Menorista, por ser função precípua e competência absoluta (fl. 18).

Rejeito, pois, a prejudicial impertinente de incompetência do Juízo da Infância e da Juventude.

4. De meritis:

Anota-se que a ilustre apelante disse, apenas, não existir razão "a decisão que nega vigência ao artigo 7º, inciso XXXIII, da Carta Magna...", omitindo-se sobre o controle difuso de inconstitucionalidade da EC nº 20/98, que alterou o inciso XXXIII do art. 7º da CF/88, dispondo originalmente:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz,

para:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

Todavia, o Poder Constituinte Derivado Reformador não alterou o § 3º, I, do art. 227, dispondo:

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII.

Ora, o Poder Constituinte Derivado Reformador, através da EC nº 20/98, efetivamente não poderia alterar o inciso XXXIII do artigo 7º da CF/88, por envolver *direito individual*, como disposto pelo Poder Constituinte Originário no art. 60 da CF/88, *verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

A propósito, o STF, na ADIn nº 939-7/DF, ao considerar cláusula pétrea, imodificável, assegurada ao cidadão no art. 150, III, da CF (princípio da anterioridade tributária), entendendo que, ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da CF, pois:

Admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudessem excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados (Trecho do voto do Min. Celso de Melo, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1.730-1/STF).

Atente-se a que a inconstitucionalidade declarada em procedimento singular de jurisdição voluntária não faz efeitos *erga omnes* e nem coisa julgada, pois atinge a parte fundamentadora da sentença, tendo efeitos *intra partem*, por tratar-se de ação singular, e não coletiva, não fazendo coisa julgada, por tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária, estando implicada a cláusula *rebus sic stantibus*.

O caso em apreço envolve concessão de alvará judicial autorizativo para o trabalho, o exercício de ocupação laboral, benéfica às atividades psicossomáticas do jovem, de extrema valia individual, familiar e social, nas garantias previstas na CF/88, máxime pelo Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Coletivos" (art. 5º, XIII), sociais (artigos 6º e 11), bem como ao tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso - capítulo VII -, artigos 226 e seguintes, em especial o art. 227, mantido intato.

Além do exposto, atente-se a envolver, a sentença *sub examine*, assunto de interesse local, aos adolescentes da Cidade-Município de Cláudio/MG, competindo ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, consoante o art. 30 da CF.

Não posso me furtar e realçar a sábia e lapidária afirmação do preclaro Promotor de Justiça atuante na Comarca de Cláudio, Dr. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, que tanto engrandece o Ministério

Público Mineiro, aliás, a Justiça Mineira, quando assenta, à fl. 58:

Precisamos acabar com a hipocrisia e dar dignidade ao ser humano. O trabalho em Cláudio/MG (com mais de 60 alvarás expedidos) dos adolescentes com 14 anos para cima representou uma queda de 80% dos atos infracionais, pois a condição do trabalho era o estudo, fiscalizado pelo empregador (vide contra-razões da Dr.ª Ceres e documentos).

Neste período, nenhuma mãe chorou porque seu filho adolescente usou drogas. Será que é isto que vamos permitir?

Neste tempo de Ministério Público de Minas Gerais, Estado este que defendo com orgulho, pela coragem das decisões que dão exemplo a todo Brasil, aprendi uma coisa: meu cargo é de Promotor de Justiça, e entre a lei e a Justiça, fico com a Justiça, pois a lei não é uma letra-fria, e sim calcada pela ciência da interpretação, qual seja, a *hermenêutica jurídica*.

Aliás, neste sentido é o artigo 6º do ECA:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

E o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz:

Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; tem direito à igual remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana...

Anoto citação do ilustre Promotor de Justiça:

... Sua Santidade, o Papa João Paulo II, na *Laborem Exercens*, destaca a ação transformadora humana por meio do trabalho e o papel do mesmo na construção da identidade humana. É, portanto, indispensável a qualquer ser humano poder trabalhar (fl. 64).

Induvidosamente, o trabalho não é um castigo, ato degradante, mas enobrece e dignifica o homem, a pessoa humana, é uma terapia, uma necessidade ao adolescente e até mesmo ao infante, por afastá-los da ociosidade, mãe de todos os males, quais os pequenos furtos, o engajamento ao crime organizado, à prostituição, até por necessidade de sobrevivência sua e de seus familiares.

Louvem-se os ilustrados Juiz de Direito e Promotor atuantes no Juízo da Infância e da Juventude

da Comarca de Cláudio, merecendo realce, ainda, a assertiva da ilustre Advogada, Dr.^a Ceres Rocha de Oliveira, em suas contra-razões, às fls. 34 e 35:

Estamos atravessando uma época de crise social. Os problemas sociais são cada vez mais alarmantes, gritantes, e cada vez mais produtores e potencializadores da violência. A violência tem muitas faces a se avaliar, e muitos são os seus fatores determinantes, porém ela está diretamente relacionada com a produção de injustiça social - o não-direito ao trabalho, ao salário justo, por exemplo - com a ideologia do 'cada um pra si, e do salve-se quem puder'. Infelizmente, temos percebido que tem prevalecido a ideologia da 'esperteza', que gera a insegurança e incredibilidade nas medidas de controle e organização da vida coletiva, e, ainda, de quebra, uma política de segurança que instala medo e insegurança entre os cidadãos com seus métodos violentos e discricionários (fl. 34).

(...)

Peço permissão para parabenizar o trabalho, em 'sincronia' perfeita, do D. Juiz de Direito, Dr. Francisco de Assis Corrêa, e do d. Promotor de

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - DECISÃO DENEGATÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMISSIBILIDADE

- Não conflitando as normas do CPC com as da Lei nº 1.533/51, é cabível o agravo de instrumento em mandado de segurança.

AGRAVO Nº 90.900-2/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Liminar - Decisão denegatória - Agravo de instrumento - Admissibilidade. - Não conflitando as normas do CPC com as da Lei nº 1.533/51, é cabível o agravo de instrumento em mandado de segurança.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de junho de 2003. - *Garcia Leão* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Garcia Leão* - O Banco Real S.A. impetrou mandado de segurança contra ato do

Justiça, Dr. Thales Tácito Luz de Pádua Cerqueira, ambos titulares nesta Comarca de Cláudio (não só como profissional da área de direito, mas principalmente como cidadão claudiense que sou), que abraçaram a causa social, se fizeram cidadãos de nossa Cidade de Cláudio, e por isso têm se dedicado tanto no sentido de minorar os problemas sociais (em todos os setores, não só na área infanto-juvenil), demonstrando que os nossos dramas são também deles, e nossos sonhos de ter uma sociedade mais harmônica e próspera também o são (fl. 35).

Por tais razões, nego provimento ao recurso apelatório, para ratificar a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Intime-se a apelante, como de praxe.

O Sr. Des. *Garcia Leão* - De acordo.

O Sr. Des. *Francisco Lopes de Albuquerque* - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

Prefeito Municipal de Uberaba, com ele objetivando obter a suspensão da exigência, embasada na Lei Municipal nº 5.859, de 26 de abril de 1996, de instalação de portas de segurança em suas agências naquela localidade, com pedido de liminar.

Contra a decisão denegatória aviou o presente agravo de instrumento; a princípio exitosamente, eis que, nesta instância, de plano, lhe foi ela deferida com a determinação de que prosseguisse o mandado de segurança com a liminar concedida (fls. 67-72).

Posteriormente, no entanto, sob considerar irrecurível o despacho agravado, por inexistir na legislação específica previsão recursal para a hipótese, esta eg. Primeira Câmara, em Turma, negou-lhe provimento.

Admitido o recurso especial aviado, dando-lhe provimento, decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A Lei nº 1.533/51 não é desajustada às normas gerais do CPC. O agravo de instrumento não conflita com as prescrições da mencionada lei especial, nem contraria a índole do remédio heróico, que é célere na sua tramitação.

É cabível, pois, o agravo de instrumento em mandado de segurança, certo que as normas do CPC se aplicam a todas as ações, inclusive às de ritos especiais, salvo quando tiverem elas específicas regras contrárias, hipótese inócidente.

Posto que cabível, na espécie, o agravo de instrumento, indubitavelmente impõe-se o seu provi-

mento, adotados e reprisados os mesmos fundamentos da decisão de fls. 67/68-TJ.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, repristinada e ratificada a liminar.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Eduardo Andrade* - De acordo.

O Sr. Des. *Geraldo Augusto* - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

ALIMENTOS - REVISIONAL - MODIFICAÇÃO DE GUARDA - REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE PENSÃO - POSSIBILIDADE

- A partir da modificação da guarda de menor, quando este passa a viver com o alimentante, torna-se mister a redução do percentual da pensão alimentícia, na parte que cabe a esse filho, sob pena de ser criado um acréscimo injustificável no valor do débito alimentar.

AGRAVO Nº 283.651-8/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Família - Revisional de alimentos - Prestação fixada na homologação da separação judicial, a favor de dois filhos, sem destinação de percentuais específicos a cada um deles - Alteração da guarda de um dos filhos - Redução na proporção aritmética do pensionamento - Decisão mantida.

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, 13 de fevereiro de 2003. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Audebert Delage* - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por J.M.J., representado por sua mãe, M.S.R., contra decisão do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, que, em ação de revisão de alimentos aforada por J.R.M., ora agravado, deferiu liminarmente a redução de pensão alimentícia de 25% para 12,5% do salário básico do alimentante.

Alega o agravante, em preliminar, a carência de ação por ilegitimidade de parte, sustentando que o outro filho menor, que está na companhia do pai, também deveria ser citado. No mérito, aduz que a pensão alimentícia fora fixada de maneira global, *intuitu familiae*, e não *por cabeça*. Desta forma, entende que não poderia o Magistrado ter procedido a sua posterior divisão em cotas para os filhos.

Através da decisão de fls. 46/47, conheceu-se do recurso e foi indeferido o pedido de suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

O agravado não apresentou contraminuta.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer do ilustre Dr. Carlos Eduardo Mafra Cavalcanti, manifestou-se pelo desprovemento do recurso.

A preliminar de ilegitimidade de parte argüida, em razão de os alimentos serem destinados a A.R.M. e J.M.J., e a presente ação revisional ter sido proposta tão-somente contra o segundo menor, não merece prosperar, uma vez que o próprio fundamento do pedido é o fato de que o filho A. passou a estar sob a guarda do agravado, arcando este com o seu sustento.

Preliminar rejeitada.

No mérito, sustenta o agravante que a pensão fora fixada de maneira global, sendo *intuito familiae*, não havendo a divisão em cotas para os filhos. Desta forma, vedada estaria a sua redução, uma vez que o montante é destinado à manutenção da entidade familiar, não importando se a guarda de um dos menores foi transferida ao agravado.

De fato, este Tribunal tem entendido que os alimentos, se fixados sem determinação de percentuais específicos a cada um dos alimentados, não de ser considerados como de caráter *intuito familiae*, não comportando uma análise individualizada de percentuais que, isoladamente, sequer proveriam as necessidades básicas de cada beneficiário, mas que, como um todo, se evidenciam como suficientes ao sustento da família. Daí, se um dos beneficiários adquire a maioridade ou, por qualquer razão, deixa de ter direito aos alimentos, o fato não justifica o respectivo abatimento, pois o devedor dos alimentos não estaria sendo onerado em sua obrigação, nem os demais credores da família ficariam prejudicados.

Porém, nos presentes autos, não se trata de abatimento por ter um dos beneficiários perdido o

direito à verba alimentar que lhe cabia. É que, em função da modificação da guarda, o agravado passou a alimentá-lo diretamente, razão pela qual, mister se torna que seja diminuída a pensão relativa a sua parte, sob pena de ser criado um acréscimo injustificável no valor do débito alimentar.

Assim, a meu sentir, mostra-se correta a decisão recorrida que, à vista de tal modificação na guarda dos filhos menores, reduziu o percentual da verba alimentícia devida.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a r. decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

O Sr. Des. Carneira Machado - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

PÁTRIO PODER - CONTROLE JURISDICIONAL - BEM-ESTAR DO MENOR - INTERESSE E DIREITOS DA CRIANÇA - PRIMAZIA - SUBMISSÃO DE FILHOS A MAUS-TRATOS - PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES - DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - POSSIBILIDADE

- Deve-se atentar para a primazia dos interesses e direitos da criança e do adolescente, procurando salvaguardá-los, quando demonstrado qualquer risco à sua integridade física, psíquica ou moral. A submissão do pátrio poder ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito, e é indiscutível que, para o bom exercício deste controle, deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem-estar da criança e do adolescente, destinatários de sua decisão. Demonstrado nos autos que a genitora submete seus filhos a contumazes maus-tratos, bem como pratica com os mesmos atos libidinosos, vislumbra-se motivos suficientes para que se destitua o pátrio poder que aquela exerce sobre sua prole.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 283.692-2/00 - Comarca de Alvinópolis - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Destituição de pátrio poder - Controle jurisdicional - Bem-estar do menor. - Deve-se atentar para a primazia dos interesses e direitos da criança e do adolescente, procurando salvaguardá-los, quando demonstrado qualquer risco à sua integridade física, psíquica ou moral. A submissão do pátrio poder ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito, e é indiscutível que, para o bom exercício deste controle, deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem-estar da criança e do ado-

lescente, destinatários de sua decisão. Demonstrado nos autos que a genitora submete sua prole a contumazes maus-tratos, bem como pratica com os mesmos atos libidinosos, vislumbra-se motivos suficientes para que se destitua o pátrio poder que aquela exerce sobre os mesmos. 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, 24 de março de 2003. -
Pinheiro Lago - Relator.

Notas taquigráficas

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

Objetivou o *Parquet*, através da propositura da presente ação, a destituição do pátrio poder que a ré exerce sobre seus filhos menores, A.M.S. e M.R.S., ao argumento de que a genitora dos mesmos os submete a intensos maus-tratos, os espancando sistematicamente, além de molestá-los sexualmente, o que legitima e preconiza a destituição do pátrio poder pretendida.

Concluiu o Juízo *a quo* pela improcedência do pleito exordial, ao fundamento de que os fatos articulados pelo *Parquet*, consistentes no espancamento dos menores, bem como na submissão destes a práticas libidinosas, distintas do congresso carnal, tais como a felação, atos que seriam praticados pela genitora dos mesmos, não restaram comprovados nos autos.

Preceitua a norma do art. 379 do Código Civil que:

Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

O pátrio poder se constitui num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor, exercido por seus pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, objetivando o interesse e a proteção dos filhos.

Outrossim, somente pode ser retirado da mãe biológica o direito de ter os filhos em sua companhia, no caso de comprovação de que a mesma não reúne condições mínimas, de ordem financeira ou moral, para criá-los e educá-los.

Na lição de MARIA HELENA DINIZ, em seu *Código Civil Anotado*, 4ª edição, Ed. Saraiva, p. 394:

a perda do pátrio poder é uma sanção imposta, por sentença judicial, ao pai ou à mãe que praticar qualquer um dos atos que a justificam, sendo, em regra, permanente, embora possa restabelecer-se dentro cinco anos, contados da imposição da

penalidade. E por ser medida imperativa abrange toda a prole e não somente um ou alguns dos filhos.

Na hipótese vertente, os documentos que instruíram a peça póstica comprovam que foi instaurado inquérito para apuração de lesões corporais ocasionadas ao menor A.M.S., figurando como indiciada a genitora deste, ré do presente feito, sendo imperioso trazerem-se à colação trechos do depoimento da mesma, colhidos nos autos do referido inquérito, *in verbis*:

(...) esclarece que batia muito no filho, alegando que ficava muito nervosa devido ao fato de estudar, não ter dinheiro ... Esclarece que não nega o fato de brincar com o filho e até mesmo hoje, com o mais novo, quando acaba de dar banho, beija-o e até mesmo brinca e beija o pênis da criança, o que também fazia com A. (...).

Imperioso destacar-se ainda que o auto de corpo delicto, cuja cópia se encontra acostada às fls. 16/18-verso dos presentes autos, levado a efeito para constatar possíveis lesões corporais ocasionadas ao menor A.M.S., atesta ter havido ofensa à integridade corporal do paciente.

Nesse mesmo passo, pelo estudo social realizado por determinação do Juízo *a quo*, cuja cópia está acostada às fls. 33/34 dos autos, constata-se que

a família reside em uma casa de alvenaria, com 04 cômodos, sem banheiro e com péssimas condições de higiene. (...). T.H.R. (irmão, de 14 anos), relatou que a irmã L. faz insinuações sexuais, levantando a roupa e chamando-o para ir até ela... (...) A.J.S. (mãe) relatou que a filha L. insinua e provoca sexualmente os filhos menores e o irmão, afirmando ainda que a filha está grávida novamente (...).

L. (professora) relatou que o menor está frequentando regularmente as aulas. Porém é uma criança tímida, apresentando atraso na aprendizagem, em relação às outras crianças. A professora apresentou os desenhos da criança, destacando que, geralmente, os desenhos das outras crianças são típicos da idade; porém os desenhos do menor em questão se destacam porque retratam partes íntimas do sexo feminino.

Na parte conclusiva do referido estudo social, a assistente subscritora do mesmo atestou que

o caso em questão apresenta alto risco no desenvolvimento psicossocial dos menores envolvidos, uma vez que não possuem referência familiar, em especial a referência paterna e convivem com um desequilíbrio emocional, financeiro, representado pela violência verbal constante entre as partes dos seus responsáveis.

Lado outro, ao contrário da conclusão a que chegou o Juízo a quo, o fato de a maioria das denúncias advirem da mãe da ré, ora recorrida, bem como de seu irmão, não infirma os lamentáveis acontecimentos noticiados, nem se permite concluir tratar-se de denúncia orquestrada, com o fito de retirar-lhe o pátrio poder exercido sobre os menores, mormente porquanto os parentes denunciadores são os que, em tese, deveriam demonstrar maior apreço pela ré, ora recorrida.

Outrossim, em casos como os dos presentes autos, os componentes da família que coabitam são contumazes espectadores do tratamento que uns dirigem aos outros, sendo extremamente chocantes os fatos noticiados pela mãe da requerida, bem como pelo irmão desta, fatos estes que restaram comprovados nos autos e se consubstanciam em motivo mais do que suficiente para que se destitua o pátrio poder exercido pela recorrente sobre sua prole.

Preceitua a norma do art. 395 do CCB, *in verbis*:

Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I - que castigar imoderadamente o filho;

II - omissão;

III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

São também causas de perda e suspensão do pátrio poder a infringência aos deveres e obrigações insculpidos na norma do art. 22 da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, a teor da norma do art. 24 do referido diploma legal.

Assim, pela exegese, tanto das normas inseridas no Código Civil pátrio quanto dos comandos insculpidos no Estatuto Menorista, tem-se que os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos judicialmente, quando demonstrado qualquer risco à sua integridade física, psíquica ou moral.

A orientação doutrinária e jurisprudencial é de que a submissão do pátrio poder ao controle da auto-

ridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito, e é indiscutível que para o bom exercício deste controle, deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem-estar da criança e do adolescente, destinatários de sua decisão.

Assim, em se tratando de guarda, criação, educação e formação de menores, antes de atender aos desejos dos pais, é dever do julgador velar pelo bem-estar dos primeiros, propiciando-se-lhes todos os meios para que tenham o melhor lar, o melhor meio de vida e uma normal formação física e psíquica.

Outrossim, o exercício do pátrio poder exige o cumprimento, por parte do seu detentor, das obrigações previstas no art. 384 do Código Civil, dentre elas a de guarda, direção da criação e educação e representação dos filhos.

A manutenção do pátrio poder, apenas para se propiciar à mãe biológica a continuidade do elo jurídico com o filho, não se compatibiliza com as normas de proteção à criança e ao adolescente.

Assim, pelas provas coligidas aos autos, temerária se mostra a manutenção do pátrio poder que a recorrida exerce sobre sua prole.

Destarte, provejo o recurso aviado, destituindo o pátrio poder que a recorrida exerce sobre sua prole, determinando que os mesmos fiquem sob a guarda da avó materna, Sra. A.R.S., mediante termo a ser firmado nos presentes autos, que se responsabilizará pelos mesmos, devendo ser averbada a decisão à margem dos registros de nascimento dos menores A.M.S. e M.R.S., a teor do estabelecido pela norma do art. 163 do ECA.

Sem custas.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

CONCURSO PÚBLICO - TESTE PSICOTÉCNICO - CARÁTER ELIMINATÓRIO - PREVISÃO EM LEI E NO EDITAL - POSSIBILIDADE

- O exame psicotécnico para matrícula no Curso de Formação de Cabos da PMMG tem respaldo no parágrafo único do art. 5º da Lei Estadual nº 5.301/69. Assim, a exigência de referido exame, cujo caráter é eliminatório, no edital de concurso não fere direito líquido e certo de candidato reprovado, pois não há como admitir que um candidato que não possua preparo psicológico porte arma de fogo ou atue em situações de risco em plena sociedade.

- V.v.: - A lei deve estabelecer todos os requisitos para o exame psicotécnico de forma objetiva, v.g., os fatores específicos que serão analisados, os testes que serão realizados, os critérios decisórios, a justificação dos laudos e, inclusive, a possibilidade de recurso com a realização de novo exame, pois a falta desses requisitos compromete a objetividade e a imparcialidade do concurso, deixando os candidatos à mercê de decisões incontroláveis. Ademais, tais exames devem desconsiderar ou relevar as normais alterações da personalidade, pois o estado psicológico, em determinado momento, pende de condições psicossomáticas, alteráveis por fatores momentâneos. Os testes devem captar o estado permanente do examinando, o "é", não o transitório, o "está", sob pena de restar irreal o exame, aliás, variável pelo próprio estado psicossomático do profissional-psicólogo que aplica ou analisa os testes. (Des. Orlando Carvalho).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 318.396-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Concurso público - Teste psicotécnico - Validade - Sentença reformada. - Constitui exigência legal, para matrícula no Curso de Formação de Cabos de Auxiliar de Saúde da PMMG, para o ano de 2002, a aprovação no exame psicológico, não restando configurada a ofensa a direito líquido e certo da parte.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2003. - Eduardo Andrade - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 60-66 proferida nos autos do mandado de segurança impetrado pelo apelado com pedido de autorização de matrícula no Curso de Formação de Cabos de Auxiliar de Saúde da Polícia Militar de Minas Gerais, em decorrência de ter sido contra-indicado no exame psicotécnico.

A douta Magistrada julgou procedente o pedido para:

... considerar nula a exigência do exame psicotécnico, com caráter eliminatório e irrecorrível, ficando confirmada a liminar... (sic, fl. 66).

O prazo para interposição de recurso voluntário transcorreu *in albis*, conforme certidão de fl. 68.

O douto Procurador de Justiça, Dr. Luiz Fernando Dalle Varela, em seu parecer de fls. 74-78, opinou pela confirmação da sentença.

Conheço da remessa oficial da sentença, ex vi do disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

A sentença em reexame considerou nula a exigência do exame psicotécnico para ingresso no Curso de Formação de Cabos de Auxiliar de Saúde da Polícia Militar de Minas Gerais, concedendo a segurança pleiteada pelo candidato apelado.

Permissa maxima venia do entendimento esposado pela culta e operosa Juíza a qua, a sentença em exame deve ser reformulada, visto que, a meu entender, não restou configurada a ofensa a direito líquido e certo da parte.

O art. 37, I, da Carta Magna dispõe que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei".

O teste psicológico tem respaldo no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 5.301/69 e previsão no edital do concurso (fls. 12-24).

A lei pode estabelecer condições para o ingresso em cargo público, mormente se elas forem objetivas e não visarem discriminar concorrentes.

A meu juízo, a exigência editalícia, *in casu*, não fere direito do apelado, sendo de vital importância para o exercício das funções pertinentes ao cargo por ele pleiteado e para a segurança social, sendo esta capacitação averiguada nos termos constantes dos itens 4.7.4 e seguintes do edital (fl. 16), para verificação de atendimento, por parte do candidato, de perfil fisiográfico exigido para o cargo junto à Polícia Militar, o qual compreende exercícios de forte pressão externa e emocional, porte de arma de fogo, conscientização a respeito dos riscos da profissão (risco de vida, de invalidez, de contágio por doenças, de degeneração do estado de saúde mental, de lesão corporal, de responsabilidade civil, penal e/ou administrativa, etc.).

Além do mais, restou comprovada a oportunidade de interposição de recurso, no âmbito do próprio certame (item 4.7.8 do edital), ensejando ao apelado o questionamento da decisão que o eliminou. Além do mais, não é dado ao Poder Judiciário adentrar na seara do exercício do poder discricionário da Administração Pública, para invalidar os requisitos estabelecidos para a interposição de recurso contra o resultado do exame psicotécnico.

Lado outro, tenho que inviável seria ao Estado, que já não possui serena condição financeira, arcar com psicólogo civil para todos os candidatos contra-indicados no exame psicológico.

Quanto ao seu caráter eliminatório, entendo ser perfeitamente possível. Não há como se admitir que um candidato que não possua preparo psicológico (auferido através dos testes aplicados) porte arma de fogo ou atue em situações de risco em plena sociedade. Seria pôr em risco a própria paz social.

Além do mais, conceder o direito a que se arroga o apelado, a meu modesto sentir, significa renegar o princípio da isonomia constitucional e configura verdadeira afronta aos demais candidatos que obtiveram êxito nos exames psicológicos, uma vez que todos os inscritos no concurso para o Curso de Formação de Cabos de Auxiliar de Saúde da Polícia Militar de Minas Gerais se submeteram às mesmas regras contidas no edital.

Vale citar ainda julgado do colendo Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao aqui posto:

Concurso público - Delegado de polícia - Exame psicotécnico.

- Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser dispensado, sob pena de ofensa ao art. 37, I, da Constituição. Não pode, à circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade de sua concessão.

- Recurso extraordinário provido. (Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 11.10.2001. In "Jurisprudência Mineira", v. 159, p. 596-598).

Com essas considerações, no reexame necessário, reformo a sentença. Invertam-se os ônus da sucumbência, cuja exigibilidade de pagamento restará suspensa nos termos da Lei 1.060/1950.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Também conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Os argumentos trazidos pelo em. Desembargador Eduardo Andrade são robustos e minuciosos, bem analisando a hipótese *sub judice*. Malgrado entendimentos que ganham supedâneo em linha jurisprudencial colacionada, peço redobrada vênua para discordar do entendimento ali esposado pelo ilustre Relator. Continuo fiel aos votos anteriores por mim proferidos em matéria de igual teor, e, dentre outras, cito as Apelações Cíveis nº 45.483-5, j. em 12.12.95, nº 76.274-0, j. em 15.4.97, e as faço transcrever no que pertine, quando se assentou não se contestar a valia dos exames psicológicos para uma aferição global, até mesmo para a exclusão de candidatos com distúrbios acentuados de personalidade ou desequilíbrios sérios que possam prejudicar o exercício da função pretendida.

Contudo, a lei deverá estabelecer todos os requisitos para o exame de forma objetiva, v.g., os fatores específicos que serão analisados, os testes que serão realizados, os critérios decisórios, a justificação dos laudos e, inclusive, a possibilidade de recurso com a realização de novo exame.

Fora daí,

a falta de qualquer destes requisitos obviamente compromete não só a objetividade e imparcialidade do concurso, mas também a possibilidade de aferir-se seja a idoneidade técnica dos meios eleitos para atingir os fins a que se destinam, seja a correção com que tais meios foram aplicados ou a suficiência dos aplicadores para fazê-lo, deixando os candidatos inteiramente à mercê de decisões incontroláveis,

como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, (in *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed., SP, Ed. RT, 1990, p. 68) e, "em consequência, a lei que não disponha nesse sentido não seria compatível com a Constituição Federal em vigor".

Tais exames devem desconsiderar ou relevar as normais alterações da personalidade, pois o estado psicológico, em determinado momento, pende de condições psicossomáticas, alteráveis por fatores momentâneos. Devem os testes captar o estado permanente do examinando, o "é", não o transitório, o "está", sob pena de restar irreal o exame, aliás, variável pelo próprio estado psicossomático do profissional-psicólogo que aplica ou analisa os testes. Daí se explicar a diversidade contraditória de laudos diversos que muitos candidatos apresentam.

A Carta Magna prevê, efetivamente, que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabeleci-

dos em Lei (CF, art. 37, I), e a investidura neles depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Daí, emergem as duas condições ou requisitos ao concurso: ser público e em condições iguais a todos os candidatos, e que a seleção seja objetiva,

segundo critérios e padrões aferíveis nestes termos, de tal sorte que os candidatos possam saber como e porque não lograram sucesso. O concurso não seria público, nem se garantiria sua objetividade, se os critérios fossem sigilosos ou se a decisão em face deles se apoiasse em motivos subtraídos ao conhecimento do próprio candidato, pois, em tal caso, não teria como contestá-los para exhibir-lhes a improcedência ou o descabimento da solução à face deles adotada,

como bem leciona o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, in *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed., SP, RT, 1990, p. 66, mesmo porque um dos princípios que regem as atividades da Administração Pública é o da impessoalidade (CF/88, art. 37).

Todo ato administrativo deve se submeter aos requisitos da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, de modo hialinamente transparente, com o que não condizem as sigilosas avaliações psicológicas. Consoante o Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO (*ibidem*, p. 67):

Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão objeto de análise, dos testes a serem utilizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.

Consoante SEABRA FAGUNDES, ao examinar a tese da inconstitucionalidade, assim da ilegitimidade do exame psicotécnico, argui sua total carência de cientificidade, atacando sua elevação à condição de prova eliminatória:

Ministério Público - Concurso - Provas - Exame psicotécnico - Inconstitucionalidade. - É inconstitucional o dispositivo da lei fluminense, quando condiciona a habilitação em concurso público para a carreira do Ministério Público à aprovação final em exame psicotécnico, pela fluidez mesma dos dados com que joga. Não ensejando base objetiva para impugnação, deixa o candidato à mercê dos erros de juízo. (*Revista de Direito Administrativo*, v. 109, p. 280).

É de suma valia colacionarem-se julgados do STF sobre o tema:

Note-se que a lei, ao exigir o exame psicotécnico, como requisito para matrícula na Academia Nacional de Polícia, não lhe dá o caráter sigiloso - e, dizemos nós, eliminatório - que a Administração insiste em conferir-lhe... No caso, a existir sigilo, deve ser em favor da proteção de aspectos íntimos do candidato e não da Administração. Por isso, não tem sentido, como se tornou costume, vedar ao interessado acesso ao resultado dos testes a que se submeteu. Tal proceder tem ensejado que se utilizem tais exames, de cientificidade duvidosa, como meio de excluir dos concursos candidatos de comprovado mérito, sem qualquer direito de defesa, ensejando até mesmo, em muitos casos, a destruição de promissoras carreiras, para grande número de jovens, através de critério de examinador revestido de alta dose de subjetividade. Nesse contexto, os preceitos pertinentes à questão controvertida devem ser interpretados, como até aqui tem sido por este Tribunal (referia-se ao antigo TFR), com as devidas cautelas, tendo como baliza o respeito aos direitos fundamentais do homem, constantes na Constituição (RTJ, v. 124, Tomo II, p. 770).

Constitucional. Concurso público. Julgamento sigiloso da conduta do candidato. Inconstitucionalidade. CF/67, art. 153, § 4º; CF/88, art. 5º, XXXV.

- I - Exame e avaliação de candidatos com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. - Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, por que não terá como verificar o acerto ou desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito.

- II - RE conhecido e provido.

No corpo do acórdão, sustentou o em. Min. Carlos Velloso que:

poderá a lei emprestar caráter sigiloso ou confidencial a certos procedimentos administrativos. Isto, repito, somente poderá ocorrer excepcionalmente, tendo em vista a disposição inscrita no art. 37 da Constituição, a dizer que a administração pública obedecerá, dentre outros, o princípio da publicidade. A publicidade é garantia de lisura do procedimento administrativo, porque empresta transparência à administração, característica do regime repu-

blicano. Certos procedimentos administrativos, reconhecimento, tendo em vista a segurança da sociedade e do Estado, devem ser restritos a uma certa parcela da Administração. O inciso XXXIII do art. 5º da Constituição autoriza, de uma certa forma, o raciocínio acima exposto... Avaliações e exames de conduta de candidatos em que predominam critérios subjetivos aplicam maus-tratos no princípio da garantia da prestação jurisdicional (...), sendo certo que... se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios que não são revelados, não pode o Judiciário prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Então, por via oblíqua, estaria sendo afastada a garantia constitucional, ou, por via oblíqua, estaria sendo excluída da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No aresto, a final, concluiu o ilustre Min. Sepúlveda Pertence que:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDOR - AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA - INEXISTÊNCIA DE SELEÇÃO DOS CANDIDATOS - ANULAÇÃO - SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92 - NATUREZA CIVIL - LEI Nº 10.628/02 - ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO CIVIL - PRODUÇÃO DE PROVAS

- As sanções previstas na Lei nº 8.429/92 possuem natureza civil, o que é reconhecido pela própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º.

- A alteração da competência jurisdicional inserida no art. 84 do CPP pela Lei nº 10.628/02, para determinar o julgamento das ações por improbidade administrativa contra aqueles que gozam de foro privilegiado perante o tribunal competente, conquanto de duvidosa constitucionalidade, somente se aplica a partir da data de sua publicação, ocorrida em 26.12.02, à vista dos princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica.

- O inquérito não constitui condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação civil pública. O Ministério Público pode dele prescindir, se já tiver os elementos de convicção necessários para ingressar em juízo.

- As provas colhidas em inquérito civil servem apenas para mostrar ao juiz, de início, a plausibilidade da pretensão deduzida. A fase oportuna para produção de provas, com observância do contraditório e da ampla defesa, é a judicial.

- Mesmo para as contratações excepcionais, a Administração Pública, à vista de todos os princípios que norteiam seu regime jurídico, não deve afastar o seu dever de providenciar uma seleção de candidatos, mediante procedimento célere e simplificado, que assegure a igualdade de todos os possíveis interessados. A inobservância de tal providência e a inexistência de lei local delineando os casos em que seria possível a contratação temporária ensejam a anulação das contratações e a punição da autoridade envolvida.

- Na aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 sobre improbidade administrativa, há que se respeitar o princípio da razoabilidade, que nada mais é senão uma das expressões modernas da concepção romana da equidade, a suprema *ratio legis* ou a *religio iudicantis*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 282.789-7/00 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. ALUIZIO QUINTÃO

... a imposição de sigilo a exame desta natureza frustra, ademais, a garantia constitucional da apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais violações de direito. Como hoje é cediço, essa garantia não cessa com a eventual discricionariedade do juízo recomendado à administração, porque o judiciário pode, ainda no controle dos atos decorrentes de competência discricionária, entender ou perquirir da existência de abuso ou desvio de poder (RTJ, 141, p. 299/304).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso para confirmar a sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO O VOGAL.

Ementa oficial: Administrativo - Contratação temporária irregular - Ação civil pública - Legitimidade do Ministério Público - Procedência parcial sentenciada - Atenuação da punição administrativa - Provimento parcial da apelação.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - *Aluízio Quintão* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Aluízio Quintão* - Trata-se de apelação oposta por João Batista Gomes à sentença (fls. 524-528), que julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, através da Promotoria de Justiça junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu, reconhecendo que o réu admitiu irregularmente, no ano de 2000, quando Prefeito de São João do Manhuaçu, diversos servidores e determinando a anulação dos respectivos contratos e aplicação ao réu da suspensão dos direitos políticos por 3 anos e multa civil igual a 10 vezes o valor da remuneração que recebia.

Em seu apelo, insiste o réu nas preliminares de incompetência do juízo cível para julgar ação baseada na Lei nº 8.429/92, de natureza penal, e na incompetência funcional da Promotoria de Justiça para instaurar, *sponte propria*, o inquérito civil, ao contrário do disposto no art. 22 da mesma lei; além de, quanto ao mérito, salientar que os contratos temporários estão em conformidade com as Leis Municipais nº 09/93, nº 156/97 e nº 228/00 e que não causaram prejuízo à Municipalidade, uma vez que os serviços contratados foram efetivamente prestados (fls. 531-538).

O Município e os contratados que foram citados para integrar a lide como litisconsortes ativo e passivos, respectivamente (fls. 198), manifestaram-se nos autos, sendo que, nesta fase, os servidores anuíram à apelação do réu (fls. 551-552).

Houve contra-razões ministeriais e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovisionamento do recurso (fls. 566-584).

É o relatório.

Conheço do regular recurso.

Inicialmente, não merece guarida a alegada incompetência do Juízo *a quo*, ao argumento de serem de natureza penal as penalidades administrativas aplicadas.

Ora, parece não haver hoje dúvida sobre a natureza civil das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

É como está em precedente jurisprudencial.

Constitucional. Administrativo. Prefeito Municipal. Ato de improbidade administrativa. Ação civil. Sanções. Natureza jurídica. Lei nº 8.429/92. Competência. Matéria constitucional.

- 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 serão aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

- Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública ou em pagamento de multa e suspensão dos direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil. (REsp nº 150.329/RS, DJ de 05.4.99).

Ademais, é a própria Constituição da República que, para casos tais, ressalva a possibilidade das sanções penais, sem prejuízo das sanções da Lei nº 8.429/92, como que a pressupor ou reconhecer a natureza civil da disciplina da lei específica.

Dispõe, assim, o § 4º do art. 37:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Não alterou tal visão nem mesmo a sobrevida Lei nº 10.628, de 24.12.02, que inseriu modificação no Código de Processo Penal para determinar o julgamento das ações por improbidade contra aqueles que gozam de foro privilegiado perante o tribunal competente.

Ademais, conquanto de duvidosa constitucionalidade, a alteração da competência jurisdicional somente se aplica a partir da data de publicação ocorrida em 26.12.02, à vista dos princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica.

Rejeito, portanto, a primeira preliminar.

Também não procede a alegação de que,

ao assumir pessoalmente a presidência do inquérito civil, a d. Promotora provocou lesões contudentes no princípio de que 'não é razoável que a própria parte produza provas para inocentar ou incriminar alguém',

caracterizando ofensa ao "princípio do contraditório, diante do natural envolvimento do órgão ministerial".

É que houve, *in casu*, mero procedimento administrativo.

Por isso, foi destacado pela Procuradoria-Geral de Justiça:

O inquérito não constitui condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação civil pública. Sua instauração é facultativa, e dele o Ministério Público poderá prescindir se já tiver os elementos de convicção necessários para ingressar em Juízo.

Ademais, o Ministério Público não produz prova para inocular ou incriminar alguém. As provas colhidas em inquérito civil servem apenas para mostrar ao Magistrado, *ab initio*, a plausibilidade da pretensão deduzida, uma vez que a fase oportuna de produção de provas, com observância do contraditório e da ampla defesa, é a judicial. Fazer uma investigação da forma como insinuada pelo recorrente, com a garantia do contraditório, desvirtuaria a sua natureza (fls. 571-572).

Rejeitada fica também a segunda preliminar.

Quanto ao mérito, está em questão, uma vez mais, a prática da contratação temporária que, apesar de prevista na Carta Magna, tem causado problemas às administrações, sobretudo municipais.

Vale, a propósito, o comentário de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

As hipóteses de 'necessidade temporária de excepcional interesse público' têm de ser expressas em lei, pelo menos no que se refere ao fator ou ao critério claros de identificação do que seja validamente considerado como tal, caso contrário o que pode ocorrer é que se tenha uma indeterminação dos casos que poderão ensejar a aplicação da regra contida naquele dispositivo, podendo-se então torná-lo como um escape para contratações que não configuram necessidade temporária nem excepcional interesse público (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241).

No caso dos autos, o questionamento ministerial é de contratação temporária de servidores sem

prévia lei autorizativa, com a transformação de medida excepcional em regra no Município de São João do Manhuaçu, em afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, impositivos ao administrador público.

Com efeito, logo após o fim do prazo de vigência do Concurso 001/97, em 08 de janeiro de 2000, o então Prefeito celebrou vários contratos temporários que vigoraram de 1º.02.00 a 31.12.00.

O réu não contestou as referidas contratações, limitando-se a dizer que foram autorizadas por leis municipais e que o concurso anterior teve seu prazo de validade prorrogado, com a regular contratação de outros concursados em número excedente às trinta vagas inicialmente divulgadas

Contudo, como ponderado pelo Juiz sentenciante,

confrontando-se os contratados nominados em documentos de fls. 132/135 e a lista da ordem classificatória dos concursados, apura-se que não coincidem os nomes das pessoas físicas dispostas em ambos os documentos, restando pois comprovado que não existe qualquer relação entre o referido concurso e as contratações por tempo determinado realizadas pelo réu (fls. 526).

As leis invocadas são as de nºs 09/93, 85/94, 156/97 e 228/00, as quais, embora prevejam a possibilidade de contratação excepcional, não delineiam os casos em que seria possível, apesar do comando do inciso IX do art. 37 da Constituição da República, segundo o qual "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Quanto à Lei nº 228, de 19.07.00, sendo posterior às contratações, não tem o condão de validá-las, como quis o Prefeito-réu (fls. 344-345).

Por fim, saliente-se que, mesmo contratações excepcionais como as de que aqui se cogita, não afastam o dever da Administração Pública, à vista de todos os princípios que norteiam seu regime jurídico, de providenciar uma seleção de candidatos, mediante procedimento célere e simplificado, que assegure a igualdade de todos os possíveis interessados.

Ainda, segundo a autora precitada:

Tal seleção é comum, por exemplo, nos casos de magistério quando, vagos alguns cargos, são selecionados, precária e rapidamente, alguns candidatos, sobrevivendo, então, regular concurso público, do qual aqueles devem participar, se desejarem disputar o cargo (ob. cit., p. 243).

Na espécie, tal providência não foi adotada.

Diante de tal quadro, impõe-se a solução adotada na sentença de anulação dos contratos e de punição da autoridade envolvida.

Todavia, na aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.249/92 sobre improbidade administrativa, há que se respeitar o princípio da razoabilidade, que nada mais é senão uma das expressões modernas da concepção romana da equidade, a suprema *ratio legis* ou a *religio iudicantis*.

Conforme tenho salientado, em casos semelhantes, a exemplaridade da punição, também na área administrativa, não prescinde da adequação ou proporcionalidade, ditada pela ponderação, ou seja, pela equanimidade.

Em tal caminho ficou o raciocínio judicial:

Das sanções legais cabíveis à espécie, as que melhor se aplicam ao caso em tela são a suspen-

são dos direitos políticos do réu e a imposição de multa civil. Isto porque não houve prejuízo aos cofres públicos, pois, se houve pagamento aos contratados irregularmente, também existiu a prestação de serviços à Municipalidade e, ainda, não existe prova de que o réu possua firma que possa prestar serviços ao Poder Público (fls. 528).

Por isso mesmo, aliás, caberia maior atenuação do rigor punitivo, excluindo-se também a sentenciada suspensão dos direitos políticos por três anos.

Em tais termos, dou parcial provimento à apelação para reformar a sentença na parte dispositiva assinalada.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

UNIÃO ESTÁVEL - CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO - RECONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível o reconhecimento da união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, quando comprovado que o casal manteve duradoura e íntima convivência, que permitiu o vizinário a acreditar que os concubinos fossem casados, em razão de serem vistos frequentemente juntos.

- O fato de o casal não residir sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação já que para a caracterização do concubinato não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 305.804-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: União estável - Possibilidade de reconhecimento, ainda que se trate de concubinato impuro ou adulterino - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível o reconhecimento de união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, quando comprovado que o casal manteve duradoura e íntima convivência, que permitiu o vizinário da recorrente acreditar que o casal fosse casado, em razão de serem vistos frequentemente juntos. O fato de o apelante e o pai dos apelados não terem residido sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação, já que, para a caracterização do

concubinato, não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal.

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, 22 de maio de 2003. - Maria Elza - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - Cuida-se de recurso de apelação interposto por M.G.P. contra sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos de uma ação declaratória de união estável proposta pela apelante em face de R.B.G., R.B.G., R.B.G., R.A.G., R.A.G. e R.B.G., ora parte apelada, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que a ocorrência de concubinato impuro impede o reconhecimento de união estável.

Em razões recursais de fls. 134/143-TJ, a apelante sustenta que: a) manteve com o pai dos apelados uma convivência amorosa que se prolongou por mais de vinte anos, sendo tal relacionamento público e notório; b) a prova testemunhal comprova a existência e a continuidade do relacionamento entre a apelante e o pai dos apelados. Pede, por tais motivos, seja provido o recurso.

Recurso contra-arrazoado, às fls. 144/145-TJ, sendo pugnado o seu não-provimento, porquanto a apelante e o pai dos apelados tiveram apenas uma relação de amantes, já que ambos eram casados.

Manifestação da Promotora de Justiça Marisa Furtado Coelho, às fls. 146-TJ, entendendo ser prescindível o parecer recursal.

Parecer do douto Procurador de Justiça Francisco Rolla, às fls. 153/156-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Por via deste recurso, pretende a apelante a reforma da sentença recorrida, de modo a ser reconhecida a união estável entre ela e o pai dos apelados.

Com efeito, restou provado nos autos que a apelante, casada, mas separada de fato, durante mais de vinte anos, manteve com o pai dos apelados, a despeito de ele ser casado, íntima convivência, recebendo visitas constantes, que levavam os vizinhos da apelante a crer que o casal fosse casado, em razão de serem vistos freqüentemente juntos.

A esse respeito, vejam-se as seguintes provas:

a) prova documental de fls. 20/34-TJ, principalmente o documento de fl. 34-TJ, que demonstra

que a apelante foi reconhecida como dependente pelo pai dos apelados.

b) depoimento da testemunha L.P.R. à fl. 103-TJ:

Conhece a autora há 14 anos, que na mesma época conheceu o C.G.; que nesses 14 anos C.G. passava todos os dias em frente da casa da depoente para ir para casa da autora; que isso ocorria às vezes de manhã, às vezes à tarde; que não sabe se ele dormia na casa da autora (...) que os vizinhos os consideravam marido e mulher (...) que sabia que ele era casado e não vivia com a esposa; que ele morava na mesma casa da esposa, mas não tinha convivência com ela, segundo a depoente ficou sabendo pela autora e pelo falecido C.G.

c) depoimento da testemunha G.M.S.:

que conhece a autora desde 1980; que também nesse ano conheceu o C.G.; que nesse período C.G.; ia à casa da autora todos os dias, porém não dormia lá; que não sabe quanto tempo ele permanecia lá; que ele ia de manhã e saía à tarde, segundo acredita a depoente, que foi vizinha da autora de 1980 a 1987; que é nesse período que a depoente pode afirmar que C.G.; ia à casa da autora (...) que os vizinhos diziam que os dois eram marido e mulher.

Apesar de a convivência ter durado tanto tempo, não houve reconhecimento de união estável pela sentença, que qualificou a união de uma "simples aventura amorosa" e atribuiu à apelante o rótulo de "amante", visto que ela e o pai dos apelados mantinham um concubinato impuro, já que ambos eram casados, o que impede o reconhecimento de união estável.

Com a devida vênia, não comungo do posicionamento do douto Julgador.

A uma, porque o fato de o apelante e o pai dos apelados não terem residido sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação, já que, para a caracterização do concubinato, não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal. (Precedente: STJ - REsp n. 195.157-ES.)

A duas, porque é 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 sociedade 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 adúltero, 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 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 adúltero 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, dou provimento ao recurso de apelação, para julgar procedente o pedido inicial, de modo a reconhecer a união estável havida entre a apelante e o pai dos apelados e declarando-a extinta para todos os efeitos legais. Ficam invertidos os ônus de sucumbência.

Custas recursais, pelos apelados.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - REQUISITOS - EFEITOS - POSSIBILIDADE DE REVERSÃO - IMÓVEL - DEMOLIÇÃO - PROCESSO DE TOMBAMENTO - MUNICÍPIO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO - RISCO DE DANO - INVERSÃO

- As liminares, em mandado de segurança, pressupõem a possibilidade de reversão da medida, no caso de não se conceder a ordem, bem como não são deferidas como antecipação dos efeitos de sentença que venha a favorecer o impetrante.

- Postulada ordem judicial de expedição de autorização para demolição de imóvel que se encontra submetido a processo administrativo de tombamento, por se enquadrar entre os bens considerados de valor histórico do município, há de se inverter o risco em favor do Poder Público, em razão do caráter satisfativo e da irreversibilidade dos efeitos da liminar, bem como em obséquio do que dispõem os arts. 23, III e IV, e 216, § 1º, da Constituição Federal.

AGRAVO Nº 283.475-2/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Liminar - Requisitos - Efeitos - Possibilidade de reversão - Imóvel - Demolição - Processo de tombamento - Município - Patrimônio histórico - Risco de dano - Inversão. - As liminares, em mandado de segurança, pressupõem a possibilidade de reversão da medida,

no caso de não se conceder a ordem, bem como não são deferidas como antecipação dos efeitos de sentença que venha a favorecer o impetrante. Postulada ordem judicial de expedição de autorização para demolição de imóvel que se encontra submetido a processo administrativo de tombamento, por se

enquadrar entre os bens considerados de valor histórico do município, há se inverter o risco em favor do Poder Público, em razão do caráter satisfativo e da irreversibilidade dos efeitos da liminar, bem como em obsequio do que dispõem os arts. 23, III e IV, e 216, § 1º, da Constituição Federal. Nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. -
Almeida Melo - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento apresentado contra a decisão trasladada à fl. 54-TJ, que, em mandado de segurança impetrado pelos agravantes, indeferiu a liminar requerida.

Os recorrentes alegam, em síntese, que a impetração se dá contra ato omissivo do Município de Uberlândia, que não se manifestou sobre pedido de expedição de alvará de demolição de construções existentes em imóvel que lhes pertence. Dizem que a justificação apresentada para a demora é a elaboração de parecer, pelo Conselho Municipal de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, sobre a necessidade de tombamento do imóvel. Sustentam que a inexistência de qualquer restrição administrativa concreta em relação ao imóvel torna abusiva e ilegal a omissão dos impetrados, que ofende e limita diretamente o seu direito de propriedade. Pedem o provimento do recurso para que se casse a decisão agravada e se lhes permita o pleno exercício dos direitos inerentes à propriedade do bem, ante a inexistência de qualquer restrição administrativa regularmente instituída sobre o imóvel objeto da Matrícula nº 95.526, ordenando-se aos agravados que apresentem todos e quaisquer documentos previstos em lei que sejam da competência do Poder Público municipal e necessários ao gozo dos referidos direitos.

Os agravantes pretendem que se lhes assegure o direito de realizarem a demolição de construções existentes em imóvel de que são proprietários,

ainda não decidida pela autoridade municipal competente, mediante pronunciamento substitutivo da decisão indeferitória da liminar postulada no mandado de segurança que impetraram e que foi distribuído à 9ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia.

Conforme destaquei ao indeferir o pedido de atribuição de efeito ativo ao recurso, a liminar requerida na primeira instância não preenche os requisitos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, principalmente porque não há o risco de ineficácia da segurança, caso seja concedida ao final.

No caso, como bem ressaltou o Juiz da causa, ao fundamentar sua decisão, há se aplicar a inversão do risco em favor do Município de Uberlândia, em razão do caráter satisfativo da liminar requerida e da irreversibilidade dos seus efeitos.

Tratando-se, na espécie, de bem submetido a processo de tombamento, a inversão do risco em favor do Poder Público decorre da natureza irreversível da autorização postulada pelos recorrentes, visando à demolição das construções existentes no imóvel.

As liminares, em mandado de segurança, pressupõem a possibilidade de reversão da medida, no caso de não se conceder a ordem, bem como não são deferidas como antecipação dos efeitos de sentença que venha a favorecer o impetrante.

Nas contra-razões de fls. 51/56-TJ, acusou-se a existência de fato superveniente à impetração, relativamente à emissão, pela Comissão de Estruturas Arquitetônicas, Urbanísticas, Paisagísticas e Naturais do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Cultural-Comphac, de parecer favorável ao tombamento do imóvel dos recorrentes, por reconhecer a "Residência Chacur" como bem de importância histórico-cultural para o Município de Uberlândia.

Para a demonstração do fato, foram trasladados os documentos de fls. 62/87 e 106/158-TJ, os quais indicam que se encontra em regular tramitação o processo administrativo de tombamento do imóvel, o que, em princípio, afasta a prática de abuso de poder ou de ilegalidade contra o direito de propriedade dos recorrentes, uma vez que são deveres do Poder Público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, § 1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acatamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural.

Destaco a menção contida nas contra-razões (fl. 68-TJ), relativamente ao art. 9º, item 5, da Lei nº 4.240/85, do Município de Uberlândia, no sentido de que "todo o processo de tombamento será considerado provisório, que nos seus efeitos se compara ao definitivo" (fl. 104-TJ).

Ressalto, ainda, que o excesso do prazo para a conclusão do processo de tombamento deve ser visto no julgamento do mérito da impetração, após o devido exame das informações prestadas pelas autoridades apontadas coatoras, uma vez que, por si só, não autoriza o deferimento da medida acautelatória de natureza irreversível.

O Município de Uberlândia, nas contra-razões, defende a complexidade do processo de tombamento e a sua vinculação a estudos e levantamentos minuciosos.

Por isso, como destacado acima, para a concessão de liminar há se observar a regra que envolve

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - SERVIDOR CONTRATADO POR ESCOLA PRIVADA ANTES DE 05.10.83 - MUNICIPALIZAÇÃO DA ESCOLA EM 1990 - ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT/88 - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE

- O art. 19 do ADCT/88 tornou estáveis os servidores contratados sem concurso público que já contavam cinco anos ininterruptos na função que exerciam quando da promulgação da Constituição Federal. Assim, em face da ausência de amparo legal, não se deve reconhecer o direito líquido e certo à estabilidade do servidor que passou a integrar os quadros do município após 05.10.1983, em decorrência da municipalização de escola, apesar de ter ingressado nos quadros da escola antes dessa data.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.753-4/00 - Comarca de Prados - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Apelação cível - Mandado de segurança - Funcionária contratada em escola que foi municipalizada - Estabilidade - Não comprovada - Integração aos quadros do município em 1990 - Lei municipal que não dispôs sobre os funcionários - Inexistência do direito líquido e certo alegado - Não provimento do recurso.

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.

a eficácia da sua suspensão ou revogação, com possibilidade de restabelecimento do *statu quo*.

Assim, formulado o pedido de liminar como medida de prejudgamento da causa, sem demonstração, de plano, da ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 1º, *caput*, da Lei nº 1.533/51, que tenha o efeito de recomendar a preservação da eficácia da segurança, se concedida no julgamento do mérito da impetração, impõe-se a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

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.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - Roney Oliveira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Amélia Efigênia Silva Garcia impetrou mandado de segurança, contra ato do Prefeito Municipal de Dolores de Campos, que a colocou em disponibilidade e determinou a suspensão de seus vencimentos, a partir do mês de abril de 2001, com o objetivo de averiguar a legalidade de sua estabilidade e conseqüente disponibilidade, que, até a data anteriormente mencionada, era remunerada.

A impetrante alega que foi contratada em 1983 para lecionar na Escola da Comunidade de Dolores do Campo, que foi municipalizada em 1990

por força da Lei Municipal nº 755/90. Aduz que o artigo 19 do ADCT garantiu sua estabilidade, reconhecida pelo Município, quando efetuou seus pagamentos até março de 2001. Pretende receber seus salários atrasados e ser reintegrada aos quadros educacionais do Município.

Informações da autoridade apontada coatora às fls. 48/52.

Na sentença de fls. 56/58, o Juiz de primeiro grau indeferiu a inicial, de acordo com o art. 8º da lei mandamental, ao fundamento de que as alegações da impetrante não restaram demonstradas de plano - não havendo sequer o ato que a colocou em disponibilidade - como exige a via estreita do *mandamus*.

A impetrante recorre da decisão que indeferiu a inicial, pleiteando a reforma da sentença, ao argumento de que a arbitrariedade foi tão grande que não houve ato administrativo colocando-a em disponibilidade e que restou demonstrada a sua estabilidade constitucional.

Não houve contra-razões.

Opina a Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Realmente, a impetrante, ora apelante, não demonstrou, de forma inequívoca, o direito líquido e certo, que alega ter.

Em primeiro lugar, como bem acentuou o Magistrado de primeiro grau, a requerente não provou de plano sequer que esteja em disponibilidade, não trazendo aos autos o ato administrativo que a tenha colocado em disponibilidade.

Quanto a isso, ela alega, em suas razões, que a sua colocação em disponibilidade não foi realizada através de ato administrativo, sendo fruto de ato arbitrário, mas que tal alegação é comprovada através dos contracheques de pagamento, feitos pelo Prefeito atual, até março de 2001.

Isso não obstante, o que se depreende da leitura do que consta nos autos é que a apelante não se tornou estável no serviço público, apesar de constar esta situação em alguns de seus contracheques (fls. 37).

A escola em que inicialmente lecionava a apelante, quando foi contratada, em 1983, não era uma

escola pública, passando a ser apenas em 1990, com o advento da Lei Municipal 755, que a municipalizou.

A partir dessa data, a apelante passou a integrar o quadro de servidores da Prefeitura do Município de Dores do Campo, conforme consta da sua carteira de trabalho, documento de fls. 13.

No entanto, tal fato não significa que, automaticamente, tenha-se tomado estável no serviço público, já que a norma constitucional que traz à baila para defender sua tese é anterior a sua integração no serviço público.

O art. 19 do ADCT tornou estáveis os funcionários que foram contratados antes das normas constitucionais de 1988 - que determinam qual o único meio de ingressar no serviço público, concurso - somente aqueles que já contavam com 5 (cinco) anos, ininterruptos, na função que exerciam quando da promulgação da Constituição Federal.

Não é o caso da apelante.

Apesar de ter sido ela contratada em 1983, cinco anos antes da entrada em vigor da atual Constituição, essa contratação não foi para o serviço público, posto que naquela época a escola não era municipal, somente vindo a se tornar em 1990, depois do advento da Carta Federal.

Portanto, não há que se falar em garantia de estabilidade, porque a impetrante foi integrada ao quadro de servidores do Município em época que se exigia a realização de concurso para ingresso no serviço público.

A Lei 755/90, que municipalizou a escola em que a impetrante trabalhava, não dispôs acerca dos direitos dos eventuais professores e funcionários que nela trabalhavam.

Não há como suprir a omissão por ventura existente, se é que se possa chamar de omissão, com a utilização de normas constitucionais que não se aplicam ao caso concreto. A estabilidade não decorreu da norma constitucional invocada, bem como não há prova pré-constituída da disponibilidade que ela alega estar, antes, remunerada, e, agora, sem sequer remuneração.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, por estar a apelante sob o pálio da assistência judiciária.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henrique - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA - CONVOCAÇÃO DO SERVIDOR - EQUIVALÊNCIA À CITAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE

- Na sindicância, a convocação equivale à citação; a partir dela, mostra-se nula a instrução probatória realizada sem a participação do funcionário, tendo em vista a ocorrência do cerceamento de defesa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.365-9/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Sindicância administrativa - Cerceamento de defesa - Nulidade. - A convocação do servidor, na sindicância, equivale à citação; portanto, a partir dela, nula se mostra a instrução probatória realizada sem a participação do funcionário, tendo em vista a ocorrência do cerceamento de defesa.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, ACOLHER PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, NO REEXAME NECESSÁRIO, ANULAR O PROCESSO DESDE A FL. 63-TJ.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2003. -
Lamberto Sant'Anna - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Trata-se de reexame necessário de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Varginha (fls. 291/294-TJ) que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Dário Francisco da Cruz Neto, contra a Diretora Administrativa da Fundação Hospitalar do Município de Varginha, concedeu a segurança pleiteada, declarando nulos todos os atos praticados na Sindicância 032/2001.

O MM. Julgador determinou que os atos fossem declarados nulos a partir da instauração da mencionada sindicância, devendo ser renovados após prévia notificação do apelado.

Conheço do reexame necessário.

No que concerne à nulidade da sindicância administrativa por extrapolar o prazo legal para seu encerramento, entendo não haver qualquer prejuízo para as partes, sobretudo, porque, *in casu*, a dilação do prazo visava apurar o fato ocorrido. Assim, se inexistente prejuízo, não há que se declarar nulidade.

A ausência de convocação do sindicado para participar dos trabalhos da sindicância também não pode ser alegada como vício suscetível de nulidade, no presente caso.

É que a Comissão de Sindicância às fl. 96-TJ fez a convocação do servidor para apurar fatos no procedimento contra ele instaurado; dita convocação guarda equivalência com a citação e satisfaz a sua finalidade.

Com efeito, foi possibilitado ao servidor participar da sindicância, a partir da convocação supra mencionada, tanto que o apelado requereu vista do procedimento, através de advogado, fl. 103-TJ, e apresentou defesa às fl. 114/115-TJ.

Assim, rejeito a preliminar de falta de citação do servidor.

Vislumbro, todavia, cerceamento de defesa, uma vez que a Comissão Sindicante, retardando a citação do servidor (o que somente ocorreu à fl. 63 do processo de sindicância - fl. 97-TJ), impossibilitou que o recorrido participasse de alguns atos, tais como a inquirição das testemunhas de fls. 50, 52, 54, 77, 79, 81, 83, 86, 88, 89-TJ.

Ora, a Comissão violou o direito de ampla defesa do servidor, consagrado na Carta Magna, bem como nos arts. 184 e 195 do Estatuto do Servidor Público Municipal de Varginha, que recomenda seja assegurado ao servidor processado o direito de acompanhar pessoalmente ou por intermédio de procurador o processo administrativo, *arrolar e reinquirir* testemunhas, *produzir provas e contraprovas*.

Em caso similar narrado na RT, 711/243-248, em que a instrução se ultimou sem a intimação do acusado, deferindo o MS 21.721-9, o Relator, Ministro Moreira Alves, do STF, anulou, por inteiro, o processo disciplinar.

Ressalto que no caso dos autos a sindicância somente pode ser declarada nula a partir da convocação do servidor (fl. 96-TJ), pois, como já dito, a convocação equivale à citação e, portanto, a partir dela

caberia ao apelado apresentar defesa e acompanhar todos os atos praticados no procedimento.

Diante disso, entendo que o processo é nulo apenas parcialmente, ou seja, a partir da fl. 63, da sindicância, (fl. 96-TJ), inclusive, restando, portanto, prejudicadas as provas colhidas antes da convocação do servidor, bem como a conclusão que se baseia em tais provas.

Pelo exposto, acolho a preliminar de cerceamento de defesa e, no reexame necessário, declaro

rando nula a sindicância, desde a fl. 63 (fl. 96-TJ), inclusive.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, ACO-LHERAM PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, EM REEXAME NECESSÁRIO, ANULARAM O PROCESSO DESDE A FL. 63-TJ.

COMPETÊNCIA - DESAPROPRIAÇÃO - DIREITO REAL - FORO DA SITUAÇÃO DA COISA - APLICAÇÃO DO ART. 95 DO CPC

- Conforme se infere do art. 95 do CPC, é competente o foro da situação da coisa para julgar as ações fundadas em direito real sobre imóveis, como é o caso da ação de desapropriação.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 259.899-3/00 - Comarca de Lagoa Santa - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Conflito negativo de competência - Ação de desapropriação - Direito real - Aplicação do art. 95, 2ª parte, do CPC. - 1 - Na ação de desapropriação, ainda que na fase de execução de sentença, importando na transmissão da propriedade imobiliária para o órgão público, impondo-se a este pagamento pela aquisição da propriedade, tem caráter real, aplicando-se a regra contida no art. 95 do CPC, que determina a competência como sendo do lugar da coisa. - 2 - Conflito conhecido e declarada a competência do juízo suscitado.

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 CONHECER DO CONFLITO E DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2003. - Nilson Reis - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado na ação de desa-

propriação ajuizada pelo Estado de Minas Gerais em face da Granja Anaves e outros e que se encontra em fase de execução de sentença. Originariamente distribuída a ação ao MM. Juiz suscitante e havendo vários desapropriados exequentes, este entendeu que a competência seria do local da coisa, não sendo caso de opção pelo foro do domicílio ou de eleição ante a expressa vedação do art. 95 do CPC, segunda parte, de modo que, encerrada ou não a instrução, proposta a ação antes ou depois da data-limite relativa à Lei Complementar nº 59/01, que transferiu o Município de Confins para a Comarca de Pedro Leopoldo, a competência para apreciar e decidir pleitos em ação de desapropriação seria absoluta, apesar de sua fixação levar em conta a territorialidade. Remetidos os autos ao MM. Juiz suscitado, este entendeu que, tendo a ação de desapropriação sido ajuizada em data anterior a 17.02.01, embora se enquadre na regra prevista no art. 95 do CPC, já houve a instrução processual, inclusive proferida sentença, estando em fase de liquidação e execução, circunstância na qual se aplicaria o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, cuja remessa para a Comarca de Pedro Leopoldo teria ocorrido sem a observância da Resolução nº 275/2001, da Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça, e que, para evitar arguição de conflito de jurisdição, em prejuízo para as partes, mesmo sem distribuição, determinou a devolução do processo à Comarca de Lagoa Santa.

Em verdade, com a devida vênia, o suscitado laborou em equívoco quando deixou de levar em consideração a competência decorrente de ação fundada em direito real, que é o da situação da coisa, estabelecida no art. 95, 2ª parte, do CPC, como é o caso da ação de desapropriação. A propósito, vale colacionar os arestos transcritos no parecer ministerial de fls. 17/19-TJ, que bem se aplicam à espécie, *in verbis*:

Competência absoluta (funcional). Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa (*forum rei sitae*), tendo em vista que o juiz desse lugar, por exercer ali sua função, tem melhores condições de julgar essas ações, aliado ao fato de que as provas normalmente, são colhidas mais direta e facilmente. Embora esteja tipicamente no capítulo da competência territorial (relativa), trata-se de competência funcional, portanto, absoluta, não admitindo prorrogação nem derrogação por vontade das partes. (STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência 752, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT, 651/186). Desapropriação. As ações de desapropriação direta

e indireta são espécies do mesmo gênero, ambas importando na transmissão da propriedade imobiliária para órgão público, impondo-se a este pagamento pela aquisição da propriedade. Por isso ambas têm natureza real, aplicando-se a regra contida no artigo 95 do CPC, firmando-se a competência do lugar da coisa. (STJ, Rel. Min. César Rocha, j. em 13.10.1993, DJU de 22.11.1993, p. 24.893.)

Assim sendo, com estes fundamentos, conheço do conflito e declaro competente o MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Pedro Leopoldo, suscitado.

Sem custas.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

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

Súmula - CONHECERAM DO CONFLITO E DECLARARAM A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AÇÃO MOVIDA POR MUNICÍPIO - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO PARA PROGRAMA HABITACIONAL - DESCUMPRIMENTO DO AJUSTE PELAS PARTES - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- O descumprimento de obrigação assumida pelo Município, em contrato de concessão de direito real de uso, firmado com munícipes, visando à implementação de programa habitacional, não constitui óbice para que a posse do imóvel concedido lhe seja reintegrada, se o concessionário não cumpriu sua obrigação de construir no prazo fixado no contrato, deixando o referido imóvel em estado de abandono, pois a inércia do concessionário impede o prosseguimento da política social do município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.520-8/00 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Reintegração de posse - Ação movida pelo município - Contrato administrativo de concessão de direito real de uso - Alegação de descumprimento pelo concessionário - Sentença de improcedência - Prevalência do direito constitucional à moradia e descumprimento contratual pelas partes - Reforma do *decisum*, no reexame necessário - Configuração de esbulho.

Acórdão

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

NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - Abreu Leite - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário à r. sentença de fls. 37/51, que julgou improcedente pedido constante de ação de reintegração de posse movida pelo Município de Carmo do Rio Claro contra Lúcia de Fátima Paula.

O recorrente, nas razões recursais de fls. 57/65, sustenta, em resumo, ter demonstrado o descumprimento

do contrato de concessão pela apelada, pelo que pugna pela procedência do pedido, à configuração de esbulho.

Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário, desde que atendidos os pressupostos.

Examina-se, novamente, ação de reintegração de posse movida pelo apelante, para reaver imóvel objeto de concessão de direito real de uso, fundada no descumprimento pelo concessionário de contrato escudado no "Plano Habitacional do Município de Carmo do Rio Claro-Habita Carmo".

Para aproveitar à espécie, colham-se os fundamentos proferidos no julgamento da Apelação Cível nº 284.217/7, de que fui Relator, da mesma comarca, ocorrido em sessão de 11.02.2002, em que reformamos sentença de improcedência de pretensão rigorosamente idêntica:

Em que pesem os brilhantes fundamentos contidos na r. sentença, evidenciando o nobre espírito do Julgador e sua profunda preocupação com o bem-estar comunitário, tenho que o pedido deve ser julgado procedente, *data venia*.

É certo que a Municipalidade não cumpriu os objetivos da Lei nº 1.284/93, pois não forneceu aos concessionários do loteamento meios para edificação dos conjuntos habitacionais.

A referida lei responsabilizou o Chefe do Poder Executivo para realizar obras de infra-estrutura urbana no local, fornecer projeto arquitetônico, dar assistência técnica necessária, realizar transporte de material de construção e, inclusive, doar 'cesta de material' para construção básica das edificações.

O objetivo da referida legislação, certamente, era o de proporcionar aos municípios menos favorecidos condições mínimas para construção de moradias.

Por outro lado, o recorrido foi devidamente citado e não contestou o pedido.

Não bastasse a revelia, o apelado compareceu à audiência designada e não demonstrou qualquer interesse na utilização do lote que lhe fora concedido,

manifestando-se expressamente que 'não tem qualquer objeção em restituir o lote ao município'.

Na verdade, não houve qualquer resistência à pretensão do recorrente, o que por si só justifica a procedência do pedido, inclusive para que o referido lote possa ser destinado à sua finalidade social, ou seja, ser concedido a munícipe carente e que tenha interesse na construção de sua possível moradia.

In casu, em contestação, a requerida confessou não ter construído no lote havido e, em audiência, também disse não ter qualquer condição financeira para tanto.

Na verdade, se era obrigação construir no prazo previsto pelo contrato, celebrado há quase sete anos, a apelada dela não se desincumbiu, restando inerte durante todo este tempo, de modo até a impedir continuasse o Município com sua política social.

Ao que se infere, ainda que não tenha o Município cumprido posteriormente parte do que prometeu, nem se negue também não tivesse a apelada se disposto à construção de sua própria moradia.

Não refutada, a vitória realizada dá conta de que o lote enfrenta estado de abandono, não cumprindo sua finalidade social, pois.

Assim considerando, em reexame necessário, reformo a r. sentença, para julgar procedente o pedido. Tenho por prejudicado o recurso voluntário.

Honorários, agora fixados em R\$500,00, e custas processuais pela r. e, a quem se defere a assistência judiciária, ficando dispensada do respectivo pagamento, nos termos da lei específica.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - JUROS REAIS A 12% AO ANO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ART. 192, § 3º, DA CR/88 - CREDOR INTEGRANTE DO SFN - LEI DE USURA - DECRETO Nº 22.626/33 - INAPLICABILIDADE - MULTA LIVREMENTE PACTUADA - PREVALÊNCIA - CDC - INAPLICABILIDADE

- O § 3º do art. 192 da CR/88, que limita a taxa de juros reais a 12% ao ano, não é auto-aplicável, conforme orientação do STF no RE 195.967/3-MG.

- Tratando-se de cédula industrial, sendo as operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não se aplica o Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) e admite-se a capitalização de juros.

- O CDC não se aplica à cédula de crédito industrial, porque ausente a caracterização de relação de consumo prevista em seus arts. 2º e 3º. Assim, não há que se falar em redução da multa de 10%, livremente pactuada, para atender aos comandos do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 275.922-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Embargos do devedor. Cédula de Crédito Industrial. Juros reais. Art. 192, III, da Constituição da República. Multa contratual. Prevalência. - 1 - Os juros reais previstos no art. 192, parágrafo 3º, da Constituição da República dependem de regulamentação, porque a norma constitucional não é auto-aplicável, e, sendo o credor integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se há que falar na aplicação da Lei de Usura. - 2 - A cédula industrial, não caracterizando relação de consumo, fica afastada a aplicação do CDC, para fins de redução da multa de 10% pactuada, diante da observância da vontade das partes. - 3 - Recurso 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, 01 de abril de 2003. - Nilson Reis - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 231/235, que julgou improcedentes os embargos do devedor, manifestados pelos apelantes em face da execução por título extrajudicial que o apelado lhes move.

Pretendem os apelantes a reforma da r. sentença ao argumento de que "a limitação dos juros e encargos financeiros à Lei de Usura acrescida de correção monetária com índices da Corregedoria de Justiça, especialmente de Crédito Industrial, Rural e Comercial (atividades protegidas), têm orientação segura e homogênea no Superior Tribunal de Justiça". Aduzem que "a multa contratual, fixada em

10% (dez por cento), ofende de forma objetiva o art. 52, parágrafo 1º, do CDC", pretendendo a redução desta para 2% e dos juros para 5% ao ano.

Quanto ao primeiro ponto, o valor cobrado a título de juros, encontra-se respaldado no que foi contratado entre as partes (cédula de crédito industrial). E, sendo o apelado integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se há que falar em limitação constitucional de juros, disposta no art. 192, parágrafo 3º, da CF, que, como é sabido, depende de regulamentação. Vale a transcrição de aresto do Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu:

Constitucional. Limitação da taxa de juros reais. Art. 192, parágrafo 3º, da CF.

Plenário, no julgamento da ADIn 4-7, decidiu que não é auto-aplicável a norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição, que limita a taxa de juros reais a 12% ao ano.

Recurso extraordinário conhecido e provido (ac. no RE 195.967/3-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, ementa publicada no *Minas Gerais, Diário do Judiciário*, edição de 26.04.96, p. 2).

E não se há que falar também na aplicação da Lei de Usura à espécie, quando, além de se estar sendo executada uma cédula de crédito industrial, onde é admitida a capitalização de juros, insista-se, o apelado é integrante do Sistema Financeiro Nacional. É o entendimento do eg. Supremo Tribunal Federal, cristalizado na Súmula 596, *in verbis*:

As disposições do Decreto nº 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.

Outro não é o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça. O pensamento uniforme gerou a Súmula nº 93:

A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

Com relação ao segundo ponto, cabe ressaltar que, na espécie, não se aplica o CDC, porque ausente a caracterização de relação de consumo, estabelecida nos arts. 2º e 3º desse diploma legal. Neste caso, realmente deve prevalecer aquilo que foi contratado. E isto porque os contratos devem ser cumpridos com a mesma boa-fé com que foram engendrados, uma vez que as partes foram livres ao contratar. É o que ensina DARCY BESSONE, na sua obra *Do Contrato - Teoria Geral*, 3ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 237:

A execução dos contratos, em regra, é voluntária. Os próprios contratantes, na infinita maioria dos casos, os executam fiel e espontaneamente. Consentem, porque querem os efeitos do

avençado. Querendo-os, empenham-se voluntariamente em sua execução.

Desta forma, tendo as partes livremente eleito a multa de 10%, a sua prevalência é imperativo legal.

Assim sendo, com estes fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO..

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - EXECUÇÃO - DEFENSOR DATIVO - ATUAÇÃO COMO ADVOGADO DO AUTOR DA AÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA - IRRELEVÂNCIA - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - INICIAL DESACOMPANHADA DE MEMÓRIA ATUALIZADA DO DÉBITO - SIMPLICIDADE NA APURAÇÃO DA DÍVIDA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 614, II, E 616 DO CPC E 272 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DA LEI ESTADUAL Nº 13.166/99

- O defensor dativo será nomeado para defesa de réu pobre, não podendo tal instituto ser estendido para defesa do autor da ação.

- Os honorários do advogado dativo não poderão ser superiores à remuneração básica mensal de defensor público.

- A existência na comarca do serviço de assistência judiciária custeada pela Fazenda não exime o dever do Estado de remunerar os advogados que nela atuarem como dativos.

- Na execução por quantia certa, o fato de a inicial não vir acompanhada de demonstrativo atualizado do débito não impede o prosseguimento do feito, se a atualização puder ser feita, mediante simples operações aritméticas de acréscimos de juros moratórios e correção monetária, que podem ser realizadas por determinação judicial.

- A alteração introduzida no art. 614, II, do CPC pela Lei nº 8.953/94 é destituída de cominação de nulidade, pelo que a ausência da memória discriminada do cálculo não enseja a extinção do processo de execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 326.258-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Execução por quantia certa - Defensor dativo - Honorários advocatícios - Atuação como advogado do autor da ação - Impossibilidade - Existência de Defensoria Pública na comarca - Irrelevância - Inicial desacompanhada de memória - Irregularidade diante da simplicidade na apuração da dívida - Extinção do processo afastada - Inteligência dos arts. 614 e 616, ambos do CPC, da Lei 13.166/99 e do art. 272 da Constituição Estadual. - O defensor dativo

será nomeado para defesa de réu pobre, não podendo tal instituto ser estendido para defesa do autor da ação. Os honorários do advogado dativo não poderão ser superiores à remuneração básica mensal de Defensor Público. A presença de serviço de assistência judiciária mantida pelo Estado, porém, inoperante, não afasta o dever da Fazenda de remunerar os advogados dativos. Se o título executivo não se faz acompanhar de memória atualizada e discriminada do cálculo, mas tratam-

do-se de atualização singela, com acréscimo de juros moratórios e correção monetária, nada está a impedir o prosseguimento do feito, computando-se os ditos acréscimos após a citação, a impedir a extinção do processo respectivo.

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 REFORMA A SENTENÇA PARCIALMENTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2003. - Dorival Guimarães Pereira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de apelação à sentença de fls. 84/90-TJ, proferida em autos de embargos à execução movidos pelo Estado de Minas Gerais em desfavor de Lorivaldo Batista Carneiro, cujo objeto é a cobrança de honorários advindos de processos em que o exequente atuou como Defensor Dativo, e que foi julgado, parcialmente, procedente o pedido, limitando o valor da execução a R\$26.700,00 (vinte e seis mil e setecentos reais), correspondente à quantia constante das certidões acostadas às fls. 17/100-TJ, o que motivou a irrisignação do embargante, alegando que houve violação do art. 614 do CPC e dos dispositivos da Lei 13.166/99, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 94/100-TJ.

Conheço da remessa necessária, de ofício (STJ - 1ª Seção, AR nº 31/MG, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 26.9.98), posto que sobre ela não se tenha manifestado o digno Julgador de origem, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

Afirma o recorrente que o apelado não possui direito aos honorários executados, pois não cumpriu os dispositivos previstos na Lei Estadual 13.166/99, que regulamentou o art. 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais, tendo o ilustre Julgador de origem julgado, parcialmente, procedentes os embargos, excluindo da execução os valores não comprovados através da respectiva certidão.

É de se observar que, antes do advento da Lei Estadual 13.166/99, a matéria concernente ao

pagamento, pela Fazenda Pública, de honorários para defensores dativos nomeados pelo Juiz somente possuía previsão na Constituição Estadual, em seu art. 272, que assim dispõe:

Art. 272. O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre, em processo civil ou criminal, terá os honorários fixados pelo Juiz, no ato da nomeação, segundo tabela organizada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, os quais serão pagos pelo Estado, na forma que a lei estabelecer.

Com a entrada em vigor da mencionada lei, este dispositivo foi regulamentado, possibilitando que o defensor dativo promova execução em face do erário, desde que preenchidos os requisitos legais, valendo transcrever seus arts. 1º e 10, *verbis*:

Art. 1º O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal terá os honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida nesta Lei.

§ 1º Os honorários a que se refere este artigo serão fixados pelo Juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - OAB-MG.

(...)

Art. 10. Após o trânsito em julgado da sentença, será certificado à repartição fazendária competente o valor dos honorários arbitrados, a fim de que seja realizado o pagamento, no prazo de um mês, observada a ordem de apresentação das certidões.

§ 1º Ultrapassado o prazo previsto neste artigo, o valor a ser pago será corrigido monetariamente pela Unidade Fiscal de Referência-UFIR - ou por índice que vier a substituí-la.

§ 2º A certidão de que trata este artigo tem eficácia de título executivo.

Destarte, as certidões de fls. 17/100-TJ, possuem eficácia de título executivo, com fulcro no art. 10, § 2º, supratranscrito, sendo certo que o *decisum* hostilizado somente excluiu da execução os valores cobrados que estavam desacompanhados da respectiva certidão.

Acontece que as quantias fixadas em processos nos quais o apelado figurou como defensor da parte autora foram consideradas devidas, o que, ao meu ver, não procede, pois a legislação é clara ao determinar que o defensor dativo será nomeado para defesa de réu pobre, não podendo tal instituto ser estendido para defesa do autor da ação.

Também houve violação do art. 1º, § 3º, da Lei 13.166/99, que determina que "os honorários do advogado dativo não poderão ser superiores à remuneração básica mensal de Defensor Público", na medida em que a sentença afirmou que deve ser considerada a média anual, e não a mensal.

A intenção do legislador é clara no sentido de que o valor a ser recebido por um advogado dativo, em um mês, não poderá ser superior ao montante da remuneração, também mensal, de um defensor público, conforme disposto na tabela de fls. 19-TJ.

Desta forma, devem ser decotados da execução os valores que estiverem sendo cobrados em excesso, ou seja, aqueles que ultrapassarem a remuneração mensal de defensor público, além dos que se referirem a processos em que o recorrido assistiu o autor da ação.

Quanto à alegação do apelante de que existe Defensoria Pública na Comarca de Januária e que a validade da nomeação do recorrido como advogado dativo dependeria de manifestação daquele Órgão, melhor sorte não lhe assiste, pois, além de ter restado comprovado que ela não existe naquela comuna (quadro de fls. 20-TJ), mesmo se houvesse, a jurisprudência pátria vem entendendo que a existência de serviço de assistência judiciária custeada pelo Estado não afasta o dever dele de remunerar os dativos, conforme já determinou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ROMS nº 12.203/SE, ocorrido em 9.10.01, da relatoria da insigne Ministra Laurita Vaz, com assento na sua 2ª Turma, e que resultou na lavratura da seguinte ementa:

Processual Civil e Penal. Recurso em mandado de segurança. Ato judicial. Nomeação de defensor dativo. Condenação do Estado em honorários advocatícios. Existência de Defensoria Pública. Irrelevância. Utilização do *mandamus* como recurso. Impossibilidade. Súmula nº 267 do STF.

- I - A presença de serviço de assistência judiciária mantida pelo Estado, porém, inoperante, não afasta o dever da Fazenda de remunerar os advogados dativos.

- II - o mandato de segurança contra ato judicial não pode ser utilizado, salvo em caso de manifesta patologia, como sucedâneo do recurso processual cabível. Precedentes.

- III - Recurso improvido.

Este eg. Tribunal, por sua vez, também já entendeu que, como se constata dos arestos adiante colacionados:

Advogado dativo - Pessoa juridicamente necessitada - Inexistência de Defensoria Pública na comarca - Responsabilidade do Estado pelo pagamento da verba honorária - Constituição Federal e Estatuto da Advocacia. - Está previsto na *Lex Major* (art. 133) que o advogado é indispensável à administração da Justiça e que ninguém poderá demandar ou ser demandado sem sua presença. O advogado regularmente inscrito na OAB tem direito aos honorários contratados ou judicialmente arbitrados, bem como aos de sucumbência. Se, na comarca, inexistente Defensoria Pública ou esta se acha impossibilitada, o advogado nomeado para patrocinar interesse de pessoa juridicamente necessitada (CF/88, art. 5º, inciso LXXIV) faz jus à verba honorária, com observância da tabela da OAB, e custeada pelo Poder Público, a teor do art. 22 e §1º da Lei nº 8.906/94 (*Estatuto da Advocacia*) (4ª CC, Apelação Cível nº 207.472-2, Rel. Des. Hiparco Immesi, j. em 6.9.01, DJ de 25.10.01).

Embargos do devedor. Quantias cobradas por advogado, sob o fundamento de ter sido nomeado defensor dativo de réus. Alegação do Estado de Minas Gerais de que as certidões utilizadas pelo apelado para embasar sua execução teriam sido emitidas em desconformidade com a Lei Estadual nº 13.166/99. Ônus da prova de que não se desincumbiu o Estado. Sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos, apenas retirando do pleito executório as certidões emitidas antes da vigência da referida lei. Apelo improvido (6ª CC, Apelação Cível nº 284.370-4, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. em 7.10.02, DJ de 21.2.03).

Por último, passo à análise da suposta violação ao art. 614 do CPC, que assim disciplina:

Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

II - com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa.

De fato, ficou consignado que o recorrido não instruiu sua inicial com o demonstrativo atualizado do débito, porém, entendeu o digno Magistrado sentenciante que tal circunstância não acarreta a extinção do processo, pressuposto para seu regular desenvolvimento, afirmando que o art. 616 do mesmo *codex* instrumental estatui a possibilidade de o juiz determinar a emenda da inicial e, como no caso em apreço, se observou o procedimento na espécie, não seria razoável a extinção da execução, por se tratar a providência de ordem pública, e a permitir seu cumprimento, até mesmo de ofício.

Com efeito, a norma constante do art. 614, II, do CPC, foi introduzida pela Lei 8.953, de 13.12.94, com escopo de permitir maior celeridade ao procedimento de tal natureza, abreviando a prestação jurisdicional correspondente.

Saliento, contudo, que a referida alteração introduzida no artigo é destituída da cominação de qualquer nulidade, com o que a ausência da "memória discriminada do cálculo" não está a ensejar a extinção do processo de execução.

É de se ter em vista, no entanto, que a omissão apontada não malferiu o direito do executado da mais ampla defesa, garantida em nível constitucional (art. 5º, LV, da Carta Política de 1988).

Por outro lado, inexistente o índice analítico atualizador do crédito perseguido, acarreta prejuízo, mas apenas para o credor, visto que, se não aponta ele com a inicial o índice utilizado para atingir seu crédito, está a executar apenas o seu valor nominal, sem o acréscimo, na espécie, dos juros legais a contar do respectivo vencimento "até a data da propositura da ação".

Este é o entendimento que venho esposando e que está em consonância com a melhor exegese doutrinária do inciso II do art. 614, como se constata da lição do renomado processualista e hoje emérito Desembargador componente deste Sodalício, ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, para quem:

Fazendo referência apenas ao principal, sem se expressar quanto aos acessórios, ou não apresentando o demonstrativo revelador dos mesmos, a execução fica limitada ao principal e ao demonstrado, com a fluência dos juros - e correção, se houver -, limitando-se ao período posterior ao ajuizamento da execução, não ficando o credor, todavia, impedido de cobrar o restante em outra ação (*in Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Ed. Del Rey, 1996, p. 62).

De qualquer forma, mesmo se abstraindo deste meu posicionamento, o certo é que a apuração do acessório acarreta singelas operações aritméticas que podem ser realizadas por determinação oficial, não justificando a pretendida extinção do processo, levando-se em conta, ainda, que os juros moratórios legais resultam da configurada inadimplência do devedor, a impor a observação do art. 1.062, hoje art. 406 do novo *digesto* substantivo, e a correção monetária não significa um *plus*, visto que apenas visa recompor o valor da moeda corroída pela inflação, evitando, assim, enriquecimento sem causa.

Ressalte-se, por oportuno, que já manifestei neste sentido, notadamente quando do julgamento da Apelação Cível nº 232.540/0, ocorrido em 12.3.97, de minha relatoria, à unanimidade, quando ainda integrante da colenda 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de nosso Estado, e que resultou na lavratura da ementa adiante transcrita:

Embargos do devedor - Execução de duplicata - Inicial desacompanhada de memória - Irregularidade diante da simplicidade na apuração da dívida - Extinção do processo afastada. - Se o título executivo não se faz acompanhar de memória atualizada e discriminada do cálculo, mas tratando-se de atualização singela, com acréscimo de juros moratórios e correção monetária, nada está a impedir o prosseguimento do feito, computando-se os ditos acréscimos após a citação, a impedir a extinção do processo respectivo.

Diante de tudo o que foi exposto, a sentença hostilizada merece reforma somente para excluir da execução os valores cobrados correspondentes a processos em que o recorrido atuou como advogado do autor da ação bem como aqueles em que foi ultrapassada a remuneração mensal de um defensor público.

Ao impulso de tais considerações, em reexame necessário, reforma, parcialmente, a sentença monocrática, determinando a exclusão dos valores correspondentes a processos em que o apelado atuou como advogado dativo do autor da ação e os que excederam a remuneração mensal de um membro da Defensoria Pública, tudo isso a ser determinado em liquidação de sentença, mantendo-a, quanto ao mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Considerando-se a sucumbência recíproca, condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor correto da execução, excluídas as parcelas supramencionadas, além de 70% (setenta por cento) das custas processuais, a favor do recorrente.

Custas recursais, meio a meio.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - MUNICÍPIO - INCLUSÃO DE NOME DE DEVEDOR DO IPTU NA SERASA - AUSÊNCIA DE PRÉVIO AVISO - ABUSO NO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DO CREDOR - INDENIZAÇÃO

- É de se imputar a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar àquele que, a pretexto de exercer regularmente um direito previsto no ordenamento jurídico, extrapola-o, praticando abuso do direito. Se demonstrado *ad societatem* que o débito tributário atinente ao IPTU foi quitado em data anterior ao protesto, evidencia-se o abuso no exercício regular do direito do município credor em exigir o seu pagamento e sua consequente obrigação de indenizar o apontado devedor por danos morais, ainda mais se não foi comunicada a inclusão de seu nome em cadastro de devedores, com patente violação à regra contida no art. 43 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 275.315-0/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Indenização - Inscrição na Serasa sem prévio aviso - Abuso no exercício regular do direito do credor - Dano moral - Sua configuração. - É de se imputar a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar àquele que, a pretexto de exercer regularmente um direito previsto no ordenamento jurídico, extrapola-o, praticando abuso do direito. Se demonstrado *ad societatem* que o débito tributário atinente ao IPTU foi quitado em data anterior ao protesto, evidencia-se o abuso no exercício regular do direito do Município credor em exigir o seu pagamento e sua consequente obrigação de indenizar o apontado devedor por danos morais, ainda mais se não foi comunicada a inclusão de seu nome em cadastro de devedores, com patente violação à regra contida no art. 43 da Lei 8.078, de 11.09.1990.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO OFICIAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral o Dr. Otaviano José da Silveira, pelo apelante.

O Sr. Des. *Hyparco Immesi* - Foi a apelação interposta em ação ordinária de indenização por danos morais ajuizada por José Euripedes Chaves contra a Prefeitura Municipal de Ituiutaba, que fez incluir o seu nome na "... Serasa, mesmo sem existir qualquer débito..." (fl. 02), a título de IPTU.

A r. sentença de fls. 81 *usque* 89, da lavra do preclaro Magistrado Dr. Lúcio Eduardo de Brito, julgou procedente o pedido, condenando o Município a

... indenizar o autor com a quantia de R\$4.380,00 (...), corrigida monetariamente, acrescida de juros de 1% ao mês, a partir da presente sentença (fl. 89).

Irresignado, apela o Município (fls. 90/94), aos seguintes argumentos: a) que o pedido "... denota o propósito de enriquecimento ilícito delineado na exordial..." (fl. 92); b) que "... o dever de reparar o dano moral (...) deve fulcrar-se em provas substanciais..." (fl. 93); c) que o apelado, "... pela narrativa da peça inaugural, deixou o barco correr para daí extrair vantagem..." (fl. 93).

Há contra-razões (fls. 96/98).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra da experiente Procuradora de Justiça Dra. Selma Maria Ribeiro Araújo (fls. 113/116), entende desnecessária a manifestação do *Parquet*.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

O Município foi condenado a indenizar o apelado em quantia certa, ou seja, no valor de R\$4.380,00, o que desautoriza o duplo grau de jurisdição, ante a nova redação do art. 457 do CPC, dada pela Lei 10.352/2001 (§ 2º).

Conhece-se, pois, apenas do recurso voluntário.

Narra a exordial que o apelado, proprietário de um imóvel na Cidade de Ituiutaba, teve seu nome incluído no cadastro de inadimplentes da Serasa, ao fundamento de não ter pago o IPTU incidente sobre o imóvel da Rua Dom Alexandre nº 562.

Entende o Município-apelante ter o apelado José Euripedes se omitido, quanto ao pagamento do tributo, e ficado a aguardar as consequências de sua inadimplência.

Conforme documento juntado aos autos (fl. 13), emitido pelo próprio Município, o valor do débito atribuído ao apelado foi pago em 13.10.1999, tendo o protesto ocorrido em 28 de dezembro de 1999 (fl. 15), mesma data em que foi incluído o seu nome (dele, apelado) na Serasa.

O apelado somente pôde tomar conhecimento do ocorrido quando lhe foi negada a entrega de talonário de cheques, na Caixa Econômica Federal, instituição financeira da qual é ele correntista.

Segundo se infere dos autos, *não houve qualquer comunicação ao apelado*, seja pela Serasa, seja pelo Município, acerca da inscrição, naquele cadastro, da suposta "pendência" existente. Evidenciado está, pois, o abuso no exercício regular do direito do credor, pois qualquer anotação negativa efetuada em órgãos de proteção ao crédito deve ser previamente comunicada ao interessado, por força da previsão contida no art. 43 da Lei 8.078, de 11.09.1990, ou, no mínimo, para possibilitar-lhe o exercício do amplo direito de defesa, inclusive com o contra-aviso de indébito ou a retificação das informações cadastrais.

Configurada está, pois, a responsabilidade do apelante, que, no caso, é objetiva, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Esta prevê a preservação da inviolabilidade da honra e da imagem do cidadão (art. 5º, inciso X).

O dano moral é indenizável, como já exaustivamente decidido por este Tribunal, e decorre de

... todo atentado à reputação da vítima, à sua auto-riedade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.

ISSQN - SERVIÇOS BANCÁRIOS - ATIVIDADE INTERNA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - INEXISTÊNCIA - TRIBUTAÇÃO - ILEGALIDADE - DEC.-LEI Nº 406/68 - LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - NÃO-INCIDÊNCIA

- A lista de serviços que integra o Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, é taxativa, não admitindo interpretação exemplificativa para permitir a tributação de operações não eleitas como fato gerador pelo legislador, conforme se depreende do inciso III do art. 156 da CF/88. Assim, os serviços prestados por instituição financeira que não se enquadram na referida lista não podem sofrer a incidência do ISSQN.

- As atividades realizadas por estabelecimento bancário que não se dirigem ao seu fim precípua, tratando-se de meras recomposições, reembolsos, cobranças de ressarcimentos de custos de processo, estando relacionadas às atividades internas do banco, não se sujeitam à incidência do ISSQN, eis que não constituem serviços bancários propriamente ditos, não se traduzindo numa prestação de serviço para o fim de incidência do referido tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 340.117-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

(Savatier *apud* RUI STOCO, em *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 1997, p. 523).

Ainda a propósito, a doutrina de JOSÉ DE AGUIAR DIAS (cf. *Da Responsabilidade Civil*, v. II, 9ª ed., Forense, 1994, p. 742):

Sem dúvida, é possível existir, ao lado do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos proveitos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com eles estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais frequentemente o comerciante, a menos que se trate de pessoa absolutamente insensível aos rumores que resultam no abalo de crédito e às medidas que importam vexame, tomadas pelos interessados.

Sobreleva acrescer que o valor fixado a título de danos morais se mostra moderado, desmerecendo a reforma.

À luz do exposto, não se conhece do recurso oficial, por não ser caso dele, e, no que concerne ao recurso voluntário, dele se conhece, porém, negando-se-lhe provimento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Audebert Delage* - De acordo.

O Sr. Des. *Correia de Marins* - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO OFICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Ementa oficial: Tributário - ISSQN - Serviços bancários - Atividade interna do banco não se traduzindo em prestação de serviço bancário - DL 406/68 - LC 56/87 - Não-incidência - Ilegalidade da tributação. - O entendimento dominante é o de que somente os serviços arrolados na lista do Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, são passíveis de cobrança do ISSQN por parte do município. - Se as atividades prestadas pelo estabelecimento bancário não se dirigem ao seu fim precípuo, mas apenas tratando-se de meras recomposições, reembolsos, cobranças de ressarcimentos de custos de processos, estando relacionadas às atividades internas do banco, não se traduzindo em prestação de serviço para o fim de incidência de tributo, não há que se falar em serviço bancário propriamente dito. Na espécie, não se pode traduzir numa prestação de serviço, portanto, não sujeita à hipótese de incidência do ISSQN.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de junho de 2003. -
Geraldo Augusto - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos de embargos interpostos pelo Banco Bradesco S.A. à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Contagem, julgados improcedentes, com a condenação do embargante nos ônus da sucumbência.

Irresignado, recorre o vencido, alegando, em síntese que, em situação idêntica, em que foram ilegalmente tributadas as mesmas contas também pelo Fisco de Contagem, os embargos foram julgados procedentes, mantida a sentença por este colendo Tribunal.

Alega que, tratando-se de matéria de direito, despiendo produção de provas, bastando a demonstração do seu direito através da legislação aplicável à espécie, ademais, as contas tributadas foram detalhadamente descritas na inicial, não sendo

vislumbradas na taxativa lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87; estas se enquadram na modalidade das operações bancárias, e não prestação de serviços.

Argumenta, ainda, que estas operações não estão previstas nos Decretos-leis 406/68 e 834/69, muito menos na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87; para que sejam tributadas, devem estar inseridas e explicitadas, o que não ocorreu no caso em comento.

Alega que a sentença se baseou na Lei Municipal 1.611/83, anterior à CF/88, totalmente inconstitucional; esta não se amolda à legislação federal, não sendo permitido o emprego da analogia que resulte na exigência de tributo não previsto em lei.

De plano, observa-se que o débito em execução se embasa na falta do recolhimento ou recolhimento a menor de ISSQN, incidentes sobre algumas atividades desenvolvidas pelo Banco Bradesco S.A.

A Fazenda Pública executa o débito principal relativo a ISSQN que entende devido, acrescido de encargos, não recolhidos na época própria, originados de algumas atividades que presta o ora apelante, não estando estes inseridos na lista de serviços aprovada pela Lei Complementar 56/87.

Tem-se que a atividade bancária se sujeita a dois tributos que incidem sobre "serviços" de um lado e "operações" de outro, sendo tributáveis os primeiros pelo município, exercidos por competência tributária através de lei própria, e os segundos, sujeitos aos comandos da legislação federal, impossibilitando a tributação pelos municípios.

Se as atividades prestadas pela apelante não se dirigem ao seu fim precípuo, mas apenas se tratando de meras recomposições, reembolsos, cobranças de ressarcimentos de custos de processos, estando relacionadas às atividades internas do banco, não se traduzindo em prestação de serviço para o fim de incidência de tributo, não há que se falar em serviço bancário propriamente dito.

Consoante inciso III do art. 156 do texto constitucional, com redação dada pela EC nº 3/93, o ISSQN é tributo de competência municipal e incide sobre "serviços de qualquer natureza", devendo estar elencados em lei complementar e previstos na lei ordinária municipal, que não estejam compreendidos entre os da competência dos Estados. Excluídos os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (competência estadual), todos os

demais serviços podem ser alcançados, desde que, repita-se, estejam listados em lei complementar.

Com efeito, é o que dispõe a CR:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I e II - (omissis);

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

E, a esse respeito, ensina a doutrina:

O fato gerador do ISS é a prestação de serviços definidos em lei complementar. Presentemente, o Decreto-lei nº 406/68 faz as vezes de lei complementar, recepcionado que foi pela atual Constituição da República.

A definição de serviços tributáveis pelos Municípios em lei complementar é requisito indispensável para a instituição e cobrança do imposto. Destarte, ineficaz a lei municipal que institua o ISS sobre serviço não incluído no elenco criado por lei complementar.

Em face do exposto extrai-se o seguinte: num primeiro momento é necessário, para que um serviço seja tributável pelo ISS, ser ele definido em lei complementar, a qual não poderá incluir aqueles compreendidos no art. 155, II, da Constituição. Mas não basta isso. Cumpre ainda que a lei municipal converta o serviço elencado na aludida lei complementar em imposto municipal, o que tem de ser feito por lei específica desta esfera de governo" (*Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, CELSO RIBEIRO BASTOS, Ed. Saraiva, 6ª ed., 1998, p. 270).

Foram diversas as leis complementares expedidas com o intuito de definir o que sejam "serviços de qualquer natureza" cuja competência tributária foi atribuída pela Constituição Federal aos municípios, sendo certo que, conforme a doutrina,

com a edição do Decreto-lei nº 406, em 31.12.68, os serviços submetidos à tributação do ISS passaram a estar elencados em 29 itens. Houve novo agrupamento das atividades alcançadas pelo ISS, diverso do anterior (*Manual do Imposto sobre Serviços*, SÉRGIO PINTO MARTINS, 3ª ed., Ed. Atlas, SP, 2000, p. 60).

Com efeito, se a instituição financeira se enquadra nos itens 95 e 96 da lista, não há como

taxar atividades que não estejam expressamente constando da referida lista; em conformidade com a Constituição, aqueles serviços que não constam da respectiva lista, aprovada por lei complementar, jamais poderão sofrer hipótese de incidência.

Ademais, a relação da lei tributária é restrita, não admitindo interpretação ou aplicação exemplificativa, a fim de serem tributadas operações não eleitas como fato gerador, pelo legislador.

O art. 100 do Código Tributário Nacional assim estabelece:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para limitar ou definir competências tributárias.

A jurisprudência é no sentido de que a lista de serviços é taxativa, salientando que: "A lista do aludido diploma legal é taxativa" e, "para que o tributo seja devido, é mister que a atividade esteja expressamente na lista" (STF, 1ª T., RE 87.628-RJ, j. 11.10.77, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ, 90/621).

Portanto, o entendimento é de que somente os serviços arrolados na lista do Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, são passíveis de cobrança do ISSQN por parte do município.

É o posicionamento do excelso STJ:

Os serviços bancários, não incluídos na mencionada lista, não sofrem incidência do ISS (REsp 41.848/MG, Ministro Peçanha Martins, DJ de 09.06.97. No mesmo sentido: REsp 43.344/SP).

Com tais razões, reforma-se a sentença e dá-se provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos à execução.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

VICE-PREFEITO - SERVIDOR PÚBLICO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - INADMISSIBILIDADE -
INTELIGÊNCIA DO INCISO II DO ART. 38 DA CF/88 - OPÇÃO PELA REMUNERAÇÃO DE
UM DOS CARGOS - POSSIBILIDADE

- O vice-prefeito deve ser colocado na mesma situação jurídica do titular do mandato, porque, em caso de impedimento eventual ou de sucessão, irá o primeiro assumir a função de chefe do Executivo. Assim, o servidor público, ao ser investido no mandato de vice-prefeito, deverá ser afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração que melhor lhe aprouver, nos termos do inciso II do art. 38 da CF/88.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 293.008-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Vice-prefeito - Cumulação de cargos públicos - Impossibilidade. - Por analogia o vice-prefeito é submetido às mesmas restrições que o titular do mandato eletivo, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, devendo, portanto, ser afastado de qualquer função pública que porventura exerça, tendo a faculdade apenas de optar pela remuneração mais vantajosa.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. -
Brandão Teixeira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Tratam os presentes autos de reexame necessário e apelação cível interposta contra sentença, prolatada às fls. 130/136, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que concedeu a segurança ao impetrante, para suspender os efeitos do ato atacado, garantindo-lhe o direito a manter suas funções no cargo comissionado de Diretor de Escola, com os vencimentos cabíveis, por considerar lícita a cumulação do cargo público com a função de Vice-Prefeito.

O apelante Estado de Minas Gerais apresentou suas razões às fls. 142/145, onde sustentou, em síntese, que a regra constitucional é pela não-acumulação de cargos, trazendo exceções enumeradas restritivamente, e, mesmo que fosse feita uma analogia ao caso específico do Vice-Prefeito, seu único benefício seria o de optar pela remuneração mais favorável, não podendo de forma alguma acumular as duas funções; que a Resolução nº 154, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, em seu art. 2º, prevê que o cargo de Diretor de Escola é de dedicação exclusiva, não podendo seu

ocupante exercer outro cargo na Administração, em qualquer esfera; e ainda, que entendimento diverso a este se caracterizaria como afronta aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência da Administração Pública.

Por sua vez, o apelado apresentou às fls. 151/152 suas contra-razões afirmando que a sentença não merece ser reformada, sob o argumento de que a Administração Pública, quando de seu afastamento, não obedeceu ao devido processo legal e contraditório; que a regra constitucional é pelo livre acesso aos cargos públicos, e ainda, que a citada resolução veda apenas o exercício de cargo público, e não de mandato eletivo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou, às fls. 162/171, pela reforma da sentença de primeiro grau, por considerar que esta analisou de forma equivocada as normas constitucionais aplicáveis no presente caso.

Conheço do reexame necessário, *ex vi* do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Mérito.

Quanto ao mérito, deve-se verificar, primeiramente, se houve afronta ao direito líquido e certo do impetrante, de ver garantida a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no transcurso do procedimento administrativo em que figurou como indiciado, diante da apontada ilegalidade de acumulação de cargos.

Após examinar cuidadosamente os autos, não vislumbro haver indícios de cerceamento de defesa na esfera administrativa, tendo inclusive o apelado interposto recurso de reconsideração, como se observa à fl. 91, contra a decisão que considerou ilícita a cumulação dos cargos de P6A e P6B com a função de Vice-Prefeito (v. fl. 89-TJMG).

No que diz respeito à legalidade do acúmulo do cargo de Vice-Prefeito com o cargo comissionado de Diretor de Escola, entendo, *data venia*, que a r. sentença merece reparos, pelos fundamentos que se seguem.

A Constituição Federal, em seu art. 38, II, prevê *in verbis*:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - (...)

II - investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

A despeito de reservas pessoais, há interpretação mais ampla do texto constitucional, que coloca o Vice-Prefeito na mesma situação jurídica do titular do mandato, porque, em caso de impedimento eventual ou de sucessão, irá o primeiro assumir a função, pondo-se à frente da Administração do Município. Entende-se que ambos são eleitos para ocupar o cargo de chefe do Executivo.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se em caso semelhante, em julgamento citado pela douta Procuradoria de Justiça, em seu respeitável parecer, à fl. 166, no qual o Tribunal Pleno, no julgamento da ADIn nº 199/PE, Relator Ministro Mauricio Corrêa, decidiu pela inconstitucionalidade de artigo da Constituição Estadual de Pernambuco que trazia a previsão de que os servidores públicos poderiam se manter em seus cargos, mesmo que investidos no cargo de Vice-Prefeito, por entender que tal legislação estadual contrariava frontalmente o preceito inscrito no art. 38, inc. II, da Carta Magna, conforme se extrai do aresto adiante transcrito:

O mencionado dispositivo da Carta Estadual assegura o direito também ao Vice-Prefeito, e, embora a Constituição Federal a ele não se refira expressamente, tenho que as disposições do inciso II do artigo 38, relativamente ao servidor investido no

mandato de Prefeito, são perfeitamente aplicáveis ao Vice, posto que ambos foram eleitos para exercer a Chefia do Executivo local. *Declaro-o, portanto, igualmente inconstitucional* (grifo do Relator).

Tendo o Excelso Pretório já se manifestado mais de uma vez sobre a questão (RE 140.269-5/210/RJ, DJ de 09.05.97, Rel. Min. Néri da Silveira), ainda que ressaltando entendimento pessoal, desnecessárias maiores digressões sobre o tema, devendo ser ressaltado que, no presente caso, o único direito que assiste ao impetrante é a escolha da remuneração que melhor lhe aprouver, nos termos do mesmo art. 38, inc. II, da Constituição.

À luz do entendimento adotado pelo excelso STF, desnecessárias quaisquer considerações sobre o regime de dedicação exclusiva exigido pela Resolução nº 154, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais.

Conclusão.

Diante do exposto, reforma-se a sentença monocrática, em reexame necessário, para denegar a segurança, cassando-se a liminar concedida às fls. 70/71-TJMG. Prejudicado o exame do recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

TAXA - LICENÇA PARA OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO - COBRANÇA PELO MUNICÍPIO - FIXAÇÃO DE PONTES DE ENERGIA ELÉTRICA - ILEGALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA

- Segundo o art. 145, II, da CF, as taxas são instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Inexistindo qualquer serviço público, tampouco fiscalização efetiva recaindo sobre as atividades, é indevida a cobrança do tributo.

- A ilegalidade da cobrança da Taxa de Licença para Ocupação do Solo, das Vias e Logradouros Públicos para a instalação de redes elétricas, sistemas de transmissão ou postes de energia elétrica, serviço público que visa ao atendimento da própria coletividade, decorre do fato de não haver nenhuma correlação entre o seu fato gerador e as hipóteses elencadas nos arts. 77 e 78 do CTN. Ademais, sua inconstitucionalidade é declarada no art. 155, § 3º, da Constituição Federal, que veda a incidência de qualquer outro tributo sobre operações relativas a energia elétrica, a não ser o ICMS e os impostos sobre importação e exportação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.656-8/00 - Comarca de Timóteo - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Mandado de segurança - Fixação de pontes de energia elétrica - Cobrança de taxa pela ocupação do solo urbano pela municipalidade - Ilegalidade - Segurança concedida. - Segundo o artigo 145, II, da CF, as taxas são instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. A ilegalidade da cobrança da Taxa de Licença para Ocupação do Solo, das Vias e Logradouros Públicos decorre do fato de não haver nenhuma correlação entre o seu fato gerador e as hipóteses elecadas nos artigos 77 e 78 do CTN. Ademais, sua inconstitucionalidade é expressamente declarada no artigo 155, § 3º, da Constituição Federal, que veda a incidência de qualquer outro tributo que não seja o ICMS, impostos sobre importação e exportação, sobre operações relativas a energia elétrica.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de abril de 2003. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do reexame necessário e do recurso de apelação.

Ascendem os autos do processo a este egrégio Tribunal para o reexame necessário e pela interposição de recurso de apelação, contra a sentença de fls. 90/95, que concedeu a segurança, determinando que o impetrado se abstenha da cobrança da Taxa de Licença para Ocupação do Solo nas Vias e Logradouros Públicos, instituída pelo artigo 100, letra g, da Lei Municipal nº 1.835/97.

Nas razões de fls. 98/107, alega o apelante, em síntese,

a legalidade da cobrança da taxa de licença para ocupação do solo nas vias e logradouros públicos, posto que decorre da vigilância, controle e fiscalização do cumprimento das exigências e posturas municipais, tendo sido instituída, portanto, em virtude do exercício do poder de polícia, não havendo,

também, que se falar no município legislando sobre matéria que foge a sua competência, vez que diverso da energia elétrica o objeto tributado.

Segundo o artigo 145, II, da CF, as taxas são instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

São, por outro lado, um tributo contraprestacional, condicionando-se a sua exigência à utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição dos contribuintes.

O eminente ARX TOURINHO, lecionando sobre taxas, diz que, *verbis*:

A base de cálculo da taxa (...) deve ser específica. Se a taxa envolve prestação de serviço ou exercício regular de poder de polícia, sua base de cálculo deve colocar-se em sintonia com esses pressupostos. Os custos da dívida devem ser considerados na fixação da base de cálculo (Comentários ao Código Tributário Nacional, p. 148).

In casu, verifica-se que não existe qualquer serviço público posto à disposição do contribuinte, nem tampouco fiscalização efetiva recaindo sobre suas atividades, o que torna indevida a cobrança do tributo.

A Lei Municipal nº 1.835/97 define, em seu artigo 129, como fato gerador da denominada Taxa de Licença para Ocupação do Solo nas Vias e Logradouros Públicos,

a atividade municipal de vigilância, controle e fiscalização do cumprimento das exigências e posturas municipais a que se submete qualquer pessoa que ocupe as vias e logradouros públicos como postes...

Analisando o Código Tributário Nacional, artigo 78, onde trata do exercício de poder de polícia, constata-se que o fato gerador previsto para a cobrança da referida taxa não se encaixa em qualquer das hipóteses mencionadas no CTN, Lei Complementar nº 5.172/66.

Eis a orientação jurisprudencial do STJ, em voto da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, *verbis*:

Administrativo e Tributário - Taxa de licença para publicidade e pela exploração de atividade em logradouros públicos. - 1. A intitulada 'taxa', cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza

tributária, porque não há serviço algum do Município, sem o exercício do poder de polícia. - 2. Só se justificaria a cobrança como preço se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. - 3. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade. - 4. Recurso ordinário provido, segurança concedida (RMS nº 12.081, j. em 15.04.01).

O entendimento amplamente majoritário é no mesmo sentido do voto transcrito, eis que as vias públicas, por serem bens de uso comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao atendimento de um serviço de utilidade pública, em consonância com a inteligência do artigo 66 do Código Civil.

Não fosse por isso, a inconstitucionalidade da tributação imposta pelo Município decorre de que a instalação de redes elétricas, sistemas de transmissão ou postes de energia elétrica é um serviço público que usa as vias e logradouros, portanto espaço público, para o atendimento da própria coletividade, sendo prestado em regime de concessão, com competência privativa da União para a sua exploração direta ou indireta, prevista no artigo 21, inciso XII, alínea b, da Constituição Federal, devendo incidir na espécie a regra insculpida no artigo 150 da Lei Maior,

ALIMENTOS - REVISIONAL - PEDIDO FORMULADO PELO ALIMENTANTE - CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA - REDUÇÃO DE PENSÃO - IMPOSSIBILIDADE - VALOR MÍNIMO PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DO ALIMENTADO

- Age irresponsavelmente o pai que, ante a obrigação de manter um filho, constitui nova família, procriando outro filho, sem possuir recursos financeiros, buscando reduzir a pensão do filho anterior, que nada tem com a má administração da sua vida. A Justiça não pode ser conivente com o procedimento de pais que, não podendo arcar com a responsabilidade da manutenção dos filhos já nascidos, procriam novos filhos, que poderão restar também desamparados no futuro.

- A redução da verba alimentícia para 60% do valor do salário mínimo, representa o mínimo necessário para o atendimento das necessidades primárias da vida do alimentado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.554-4/00 - Comarca de Pirapora - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação revisional de alimentos - Pedido formulado pelo alimentante - Redução de pensão para o valor de 60% do salário mínimo - Valor mínimo para atender às necessidades do alimentado - Sentença mantida. - Age irresponsavelmente o pai que, ante a obrigação de manter um filho, constitui nova família, procriando outro filho, sem possuir

onde se estabelece a imunidade recíproca entre os entes tributantes.

Não obstante a existência de todos estes argumentos, pugnando pela ilegalidade da cobrança do tributo em questão, a Carta Magna expressamente veda, em seu artigo 155, parágrafo 3º, a existência da denominada Taxa de Licença para Ocupação do Solo nas Vias e Logradouros Públicos, ao estabelecer que

à exceção do ICMS e dos impostos sobre importação e exportação, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços telefônicos, derivados de petróleo e combustível.

Com tais fundamentos, hei por bem, em reexame necessário, manter a sentença de 1º grau de jurisdição.

Julgo prejudicado o recurso de apelação.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

alimentícia para 60% do valor do salário mínimo representa o mínimo necessário para o atendimento das necessidades primárias da vida do alimentado. Improvimento do recurso que se impõe.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2003. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Ascendem os autos do processo a este Tribunal, pela interposição de recurso de apelação contra a sentença de fls. 43/44,

que julgou parcialmente procedente o pedido constante da inicial, na ação revisional de alimentos, reduzindo o percentual da pensão alimentícia para 60% do salário mínimo vigente.

O apelante bate-se pela reforma da sentença monocrática, alegando, em síntese,

que o quantum alimentício fixado na sentença está além de suas possibilidades, tendo restado comprovado nos autos estar desempregado, ter constituído nova família, além das contas pessoais que tem de pagar.

Cumpram ressaltar que ficou comprovada nos autos, às fls. 09/12, a alteração do binômio necessidade-possibilidade entre alimentante e alimentado, necessário à majoração, redução ou exoneração da pensão alimentícia.

Referida prova cabe a quem alega fato constitutivo de seu direito, recaindo o ônus, *in casu*, ao requerente, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Eis a jurisprudência, *verbis*:

Ementa: Nos termos dos arts. 471, I, e 602, § 3º, ambos do CPC, e dos arts. 401 do Código Civil e 15 da Lei nº 5.478/68, a mudança na fortuna do alimentante ou alimentado possibilita a exoneração, redução ou aumento do encargo decorrente da obri-

gação alimentar, cujo ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito incumbe ao autor (CPC, art. 333, I). (Apelação nº 210.362-0/00 - Relator: Carreira Machado - data do acórdão: 31.05.2001 - data da publicação: 13.06.2001).

Compulsando os autos, vê-se que o apelado, quando foi fixada a pensão em 1 (um) salário mínimo, era solteiro e não possuía outro filho. Ao se casar e tornar-se novamente pai, obrigou-se a novas despesas, o que, conseqüentemente, acarreta a diminuição de sua capacidade financeira para arcar com a obrigação antes assumida, autorizando, por essa razão, a redução do valor da prestação.

Entretanto, a despeito da comprovada alteração da situação financeira do alimentante, o pedido de redução do percentual da pensão para 20% do salário mínimo é de todo descabido, vez que o quantum fixado em 60% do mesmo é irrisório, posto se tratar de menor impúbere, que necessita de recursos financeiros para o seu desenvolvimento.

Colha-se abalizada jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

Não deveria o apelante ter procriado novos filhos, se não os poderá sustentar. O remédio, todavia, agora que o 'mal' está feito, não será a diminuição das pensões dos filhos anteriores, que não têm culpa da irresponsabilidade paterna e que constituiria uma autêntica 'divisão da miséria', mas a preo-ocupação do apelante em aumentar seus ganhos. Afinal, quem procria sustenta. E quem não tem competência que não se estabeleça, isto é, quem não pode sustentar não procria... (7ª CCVTJRS, Ap. Civ. 59304479.5, v. un., Rel. Waldemar L. de Freitas Filho, RJTJRS, 163/311).

O valor da pensão, em 60% do salário mínimo, como dito, já é insuficiente para atender às necessidades do alimentado, mormente se se levar em conta que a genitora do menor está desempregada. Não se pode, pois, acolher o pedido de redução no patamar desejado pelo alimentante, de modo a não penalizar ainda mais o alimentado em plena construção de seu amanhã.

O apelante age irresponsavelmente, assumiu obrigações advindas da constituição de novo casamento, procriou mais uma filha, mesmo já tendo obrigações alimentícias com o seu filho/réu, e ainda afirma não possuir recursos financeiros.

Para garantir as novas obrigações assumidas, busca reduzir o valor que está sendo pago ao filho, que nada tem com a má administração de sua vida.

A Justiça não pode ser conivente com o procedimento de pais que, não podendo arcar com a responsabilidade da manutenção dos filhos já nascidos, procriam novos filhos, que poderão restar também desamparados no futuro.

A sentença examinou com acuidade e justiça a questão.

Pelo exposto, nega-se provimento à apelação, mantendo-se na íntegra a sentença de 1º grau de jurisdição.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edivaldo George - C.F.S. pretende, com o recurso de fls. 45/449, seja reduzido ainda mais o valor da pensão alimentícia que paga a seu filho menor A.H.P. Inicialmente os alimentos foram fixados no valor equivalente a 01 (um) salário mínimo e, na sentença de fls. 43/44, foram os mesmos reduzidos para 60% (sessenta por cento) do valor original.

Compulsando os autos e analisando as razões recursais articuladas, verifico que razão alguma assiste ao apelante.

Com efeito, o valor arbitrado na sentença guerreada revela-se escorrido para a espécie, sendo de se

notar que, embora tenha constituído nova família, inclusive com nova prole, subsiste para o recorrente o dever de bem educar, criar e manter o filho primogênito, que, em hipótese alguma, pode vir a ser penalizado ou sacrificado pela nova realidade familiar vivida pelo apelante.

Se o recorrente se propôs a arranjar outro filho, o que por um lado é louvável, deve, necessariamente, ter meios para conciliar suas obrigações, tanto a que já tinha, quanto a que agora assumiu.

O valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo, mesmo que se considere que a obrigação de zelar e bem educar os filhos deve ser debitada a ambos os genitores, não se revela, na hipótese em exame, exagerado ou exacerbado, mas, ao contrário, é o mínimo de que necessita o ora alimentado.

Com estas considerações, fazendo coro ao entendimento adotado pelo i. Des. Relator, também estou negando provimento ao recurso, para manter íntegra a sentença hostilizada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

COMPETÊNCIA - INVENTÁRIO - FORO DO DOMICÍLIO

- Nos termos do art. 96, *caput*, do CPC, é competente para processamento e julgamento do inventário o foro do domicílio do autor da herança. Caso o mesmo não tenha domicílio certo, o foro competente será o da situação dos seus bens.

AGRAVO Nº 319.926-2/00 - Comarca de Baependi - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Inventário - Domicílio - Competência. - Nos termos do art. 96, *caput*, do CPC, é competente para processamento e julgamento do inventário o foro do domicílio do autor da herança. Caso o mesmo não tenha domicílio certo, o foro competente será o da situação dos seus bens.

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, 22 de abril de 2003. - Edivaldo George - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pelo espólio de Valmir de Oliveira, representado pela sua inventariante, Maria Etelvina de Jesus, contra a r. decisão interlocutória que declinou *ex officio* da competência para processar e julgar o respectivo processo de inventário, afirmando o agravante que o de cujus residia na Cidade

de Cruzília/MG, e não no Rio de Janeiro/RJ, como entendeu o ilóndito Julgador de primeiro grau. Com a minuta de agravo de fls. 02/06, vieram os docs. de fls. 07/34.

Proferi o despacho de fls. 39, pelo qual determinei a requisião de informações ao Juiz da causa e a remessa dos autos à PGJ, para parecer.

O r. Juiz *a quo* prestou informações às fls. 45/46, esclarecendo as razões de seu convencimento para a prolação da decisão recorrida, salientando que manteve intacta a citada decisão, carregando, ainda, os docs. de fls. 47/52.

O ilustre Procurador de Justiça ofertou o parecer de fls. 55/57, pelo qual opinou pelo improvinimento do recurso.

Sendo este o sucinto relatório de todo o processado, passo a proferir o meu voto:

O espólio de Valmir de Oliveira alega que o *de cujus* tinha domicílio na Cidade de Cruzília/MG, trazendo aos autos, como prova, seu título de eleitor, certidão de nascimento, conta de luz em nome de Maria Etelvina de Jesus e de Josina Maria Leite, bem como declaração da mesma de que o Sr. Valmir de Oliveira era domiciliado na referida cidade mineira. Baseia-se, ainda, no doc. de fls. 15, referente a um imóvel do qual o dito Sr. Valmir de Oliveira detinha parte ideal.

Por sua vez, o ilóndito Julgador monocrático convenceu-se de que o domicílio do *de cujus* era na Cidade do Rio de Janeiro/RJ, em função da certidão de óbito de fls. 11, onde consta que o autor era residente na Rua Arquias Cordeiro nº 786-F, no Méier, Rio de Janeiro/RJ, que faleceu no Hospital Municipal Souza Aguiar/RJ, que era balconista, entre outras informações.

Contudo, a certidão de óbito foi lavrada a partir das informações do Sr. Minervino Melguezos, sendo, portanto, confrontando-a com os demais docs. carregados aos autos, entendo que o mesmo não pode prevalecer.

O título de eleitor atesta, inequivocamente, que o Sr. Valmir de Oliveira era domiciliado em Cruzília/MG, conforme se infere do doc. de fls. 22.

Também a certidão de fls. 15 certifica que o falecido Valmir de Oliveira era proprietário de parte ideal de um imóvel situado na Cidade de Cruzília/MG.

Com isso, entendo aplicável à espécie o *caput* do art. 96 do CPC, *in verbis*:

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a

arrecadação, o cumprimento de disposição de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Colha-se, a respeito, a lição do Mestre JOSÉ RUBENS COSTA:

Foro principal ou geral do inventário é o foro do domicílio do autor da herança no Brasil. Tem competência para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro (art. 96) (*in Manual de Processo Civil*, v. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, p. 179).

E continua o insigne Mestre:

Determina-se a competência pelo foro subsidiário ou supletivo:

a) da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo (art. 96, I);

b) do lugar em que ocorreu o óbito, se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes (art. 96, II) (obra citada, p. 179).

Vê-se que, acaso não se entendesse ser o caso de aplicação do *caput* do art. 96 ou que o autor da herança não tinha domicílio certo, seria aplicável à espécie o disposto no inciso I do parágrafo único do citado artigo, eis que o título de eleitor do autor certifica que Cruzília/MG era o seu domicílio, bem como o doc. de fls. 15 comprova que naquela cidade mineira era que o mesmo detinha bens.

Especificamente quanto a bens, acaso se fosse levar em consideração a certidão de óbito do *de cujus*, vê-se que nela consta a ausência de bens na Comarca do Rio de Janeiro/RJ, o que só ratifica a conclusão de que o inventário deve mesmo tramitar pelo Foro da Comarca de Baependi/MG.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento interposto, para, em consequência, reformar a decisão recorrida, para manter como foro competente para processamento e julgamento do inventário aquele da Comarca de Baependi/MG.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - EXTINÇÃO DO CARGO - DISPONIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE DOS VENCIMENTOS

- A extinção de cargos, pela declaração de sua desnecessidade, é ato discricionário da Administração, praticado segundo a oportunidade e conveniência, que só podem ser definidos pela própria Administração, não podendo o Judiciário imiscuir-se nessas questões.

- Uma vez extinto o cargo por lei até então válida, a disponibilização do servidor é perfeitamente legal, pois a disponibilidade é uma garantia assegurada àquele que goza de estabilidade, sendo que o § 3º do artigo 41 da CF, com a redação dada pela EC nº 19, estabelece que a disponibilidade se dará com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

- A proporcionalidade não significa redução de vencimentos, apenas fracionamento do total a ser recebido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 317.408-3/00 - Comarca de Inhapim - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidor público colocado em disponibilidade - Extinção do cargo - Proporcionalidade dos vencimentos. - A extinção de cargos, pela declaração de sua desnecessidade, é ato discricionário da Administração, praticado segundo a oportunidade e conveniência, que só podem ser definidos pela própria Administração, não podendo o Judiciário imiscuir-se nessas questões. Uma vez extinto o cargo por lei até então válida, a disponibilização do servidor é perfeitamente legal, pois a disponibilidade é uma garantia assegurada àquele que goza de estabilidade, sendo que o § 3º do artigo 41 da CF, com a redação dada pela EC nº 19, estabelece que a disponibilidade se dará com remuneração proporcional ao tempo de serviço. A proporcionalidade não significa redução de vencimentos, apenas fracionamento do total a ser recebido.

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 AO RECURSO VOLUNTÁRIO, PREJUDICADA A REMESSA OFICIAL.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2003. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso, rejeitando-se a preliminar argüida nas contra-razões de que o recurso é intempestivo.

O prefeito é o representante do Município e o ato foi praticado nesta qualidade, sendo correta a aplicação do artigo 188 do CPC.

Quanto ao preparo, o artigo 511 do CPC dispõe que:

são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias e pelos que gozem de isenção legal.

A sentença sujeita-se ao duplo grau de jurisdição por força do artigo 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, devendo, portanto, ser examinada também sob este ângulo.

Jackson Júlio Furtado Melo impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Márcio de Almeida Silva, Prefeito Municipal de Iapu/MG, consubstanciado na edição da Portaria 061, de 01.08.2001, que o colocou em disponibilidade remunerada proporcional por ter sido extinto o seu cargo de Técnico em Agropecuária, pela LM 1.267, de 25 de maio de 2001.

Alegou que o ato está eivado de vícios, pois contraria a regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos; que não houve justificativa para a extinção do cargo.

A sentença de fls. 77/86 concedeu a segurança, suspendendo os efeitos da LM nº 1.267, de 25 de maio de 2001, e da Portaria 061, de 1º de agosto de 2001, por afrontarem o princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37, *caput*, da CF/88, e determinou a imediata reintegração do impetrante no cargo de Técnico em Agropecuária, com o pagamento dos seus vencimentos integrais.

A disponibilização do impetrante se deu em razão da extinção do cargo que ocupava, pela Lei nº 1.267/2001.

Na petição inicial não aponta ele nenhum vício capaz de invalidá-la.

Limita-se tão-somente a discutir a impossibilidade de se reduzirem os seus vencimentos e os prejuízos financeiros advindos da proporcionalidade.

A reintegração do apelante ao cargo só seria possível se comprovados vícios que tornassem inválida a lei antes mencionada.

A extinção de cargos pela declaração de sua desnecessidade é ato discricionário da Administração, praticado segundo a oportunidade e conveniência, que só podem ser definidos pela própria Administração, não podendo o Judiciário imiscuir-se nessas questões.

Uma vez extinto o cargo por lei até então válida, a disponibilização do servidor é perfeitamente legal, pois a disponibilidade é uma garantia assegurada àquele que goza de estabilidade, sendo que o § 3º do artigo 41 da CF, com a redação dada pela EC nº 19, estabelece que a disponibilidade se dará com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Sobre o tema, o Des. Murilo Pereira, no julgamento da Ap. nº 84.346-5, assim se manifesta:

MENOR - TRABALHO - CONDIÇÃO DE APRENDIZ - REGRA - EXCEÇÃO - GARANTIAS PRIORITÁRIAS - ART. 227 DA CR/88 - AUTORIZAÇÃO - ALVARÁ - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL - JUIZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

- Compete à Justiça Estadual comum (Juízo da Infância e da Juventude) expedir alvará para autorizar o trabalho de menor com idade entre quatorze e dezesseis anos, nos termos dos arts. 405 e 406 da CLT e art. 146 da Lei nº 8.069/90 (ECA), não tendo a interveniência da União o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, se não restar demonstrado seu interesse e competência para a causa.

- O trabalho de menor com idade entre quatorze e dezesseis anos é concebível, via de regra, apenas se realizado na condição de aprendiz, consoante o art. 7º, XXXIII, da CF/88. Todavia, no caso de tratar-se de trabalho compatível com a saúde física, psíquica e social, que garanta a frequência do menor à escola, não seja trabalho noturno, perigoso, penoso ou insalubre, que consagre a condição peculiar do menor e que se atenha à capacitação profissional, é permitido, pois o art. 227 da CR/88 assegura, com prioridade, o direito à profissionalização e o dever de manter o menor a salvo de qualquer tipo de negligência.

- V.v.: - Conforme se infere dos arts. 108, II, e 109, I, da CF/88, compete ao Tribunal Regional Federal processar recurso de apelação proposto pela União Federal contra sentença que deferiu alvará para autorizar o trabalho a menor, proferida por juiz estadual, mas que estava no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, por não ser a comarca sede de vara do juízo federal. (Des. Kildare Carvalho)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 307.879-7/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

(...) Nada tem de ilegal ou teratológico o ato do Sr. Prefeito Municipal que, embasado em diplomas legais, coloca servidor municipal estável em disponibilidade remunerada proporcional ao tempo de serviço (in "Jurisprudência Mineira" nº 113, p. 218).

A proporcionalidade não significa redução de vencimentos, apenas fracionamento do total a ser recebido.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso voluntário, para reformar a sentença e denegar a segurança.

Julga-se prejudicada a remessa oficial.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, PREJUDICADA A REMESSA OFICIAL.

Ementa oficial: Menor - 14 a 16 anos - Trabalho - Regra - Apenas na condição de aprendiz - Exceção - Garantias prioritárias - Art. 227 da CR/88 - Autorização - Competência - Justiça Estadual - Juízo da Infância e da Juventude. - O trabalho de menor com idade entre quatorze e dezesseis anos é concebível, via de regra, apenas se realizado na condição de aprendiz, consoante art. 7º, XXXIII, da CR/88. Todavia, no caso de tratar-se de trabalho compatível com a saúde física, psíquica e social, que garanta a frequência à escola, não seja noturno, perigoso, penoso ou insalubre, que consagre a condição peculiar do menor e que se atenha à capacitação profissional do mercado de trabalho, é permitido, pois o art. 227 da CR/88 assegura, com prioridade, o direito à profissionalização e o dever de manter o menor a salvo de qualquer tipo de negligência. Evidencia-se, por meio dos arts. 405 e 406 da CLT e 146 do ECA, a competência da Justiça comum, e não da especializada, para autorizar o trabalho de menor. Recurso desprovido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 08 de maio de 2003. - Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de apelação interposta contra sentença que deferiu alvará para autorizar o trabalho do menor L.C.R., resguardando a empresa empregadora de sanção pela admissão do adolescente.

As razões recursais bem como a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça foram alvo de sucinta reportagem no relatório de fls.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos legais.

Preliminarmente, analisa-se a questão atinente à competência deste Juízo à apreciação da espécie, visto haver a União Federal aduzido não ser o Juiz Estadual competente para autorizar o trabalho de menor.

Razão não assiste à União Federal, visto dispor a CLT, em seu art. 406, ser o Juízo da Infância e da Juventude o competente para conceder o alvará de permissão de trabalho de menor. Neste sentido esposou o STJ, no Conflito de Competência 19.218-1, Relator Ministro Hélio Mosimann:

Conflito de competência. Autorização de trabalho externo para menores. Artigo 405, par. 2º, da CLT. Competência da Justiça Estadual.

Dispondo, expressamente, a lei que o trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros, dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, evidencia-se que a competência para tanto é da Justiça Estadual, e não da especializada.

No mesmo sentido o Conflito de Competência 17.349-5, de 2000, Ministro Ari Pargendler:

Conflito de competência. Menor. Autorização para trabalho.

A autorização para que o menor faça trabalho externo deve ser requerida ao Juiz da Infância e da Juventude nos termos do art. 404 da CLT.

A interveniência da União na causa não desloca a competência para Justiça Federal, eis que não restou demonstrado seu interesse e competência para a causa, pois ressalta indubitavelmente a competência da Justiça Estadual matérias afetas ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, tutelam-se, precipuamente, os direitos da criança e do adolescente, circunstância a fortalecer a competência do Juiz da Infância e da Juventude para o feito, consoante art. 146 do ECA.

Destarte, rejeita-se a preliminar.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Cláudio que, nos autos da ação de alvará judicial ajuizada por L.C.R., representado p/ mãe R.M.S., julgou procedente o pedido inicial, para autorizar que o menor impúbere possa trabalhar, nas condições exigidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, na empresa Alugarden Ltda.

Argui a apelante, União Federal, preliminarmente, a incompetência do MM. Juiz primeiro para prolatar a sentença, sendo competente para análise e julgamento da presente questão a Justiça Federal, ex vi do art. 109, I, da Constituição Federal. No mérito, ressalta que, não obstante intitulada como alvará

judicial, trata-se de ação mandamental, razão pela qual o reexame necessário previsto no art. 475, II, do CPC se torna imperioso. Assevera que a expedição de carteira de trabalho é atividade da União, que a realiza diretamente, através do Ministério do Trabalho. Por fim, requer o provimento do recurso, para cassação da sentença.

Com a devida vênia do eminente Desembargador Relator, tenho que a competência para conhecer do presente recurso não é deste Tribunal.

É que, não obstante se trate de apelação interposta contra sentença proferida por Juiz Estadual, em processo relativo a pedido de alvará judicial, a competência recursal, na espécie, é do Tribunal Regional Federal.

Com efeito, pode-se inferir dos elementos contidos no processado que a demanda fora ajuizada em procedimento de jurisdição voluntária na Comarca de Cláudio.

Quando já proferida a sentença, expediu-se ofício à Delegacia Regional da Cidade de Divinópolis, para que fosse expedida carteira de trabalho em nome do menor e posterior anotação do empregador autorizado. Foi então que a União Federal recorreu do *decisum*. Assim, pelo simples fato de figurar como apelante na presente demanda, tem-se como competente a Justiça Federal para apreciá-lo.

Com efeito, não obstante a sentença tenha sido prolatada por Juiz Estadual, tal se dera no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, o que outorga competência para processar o presente recurso ao Tribunal Regional Federal, excluindo, por consequência, a desta Casa.

A respeito, é expressa a Constituição da República, ao determinar em seus artigos 108, II, e 109, I, *verbis*:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: (...)

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes,

exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, em seu livro *Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2000, 4º volume, Tomo III, arts. 92 a 126, p. 335:

Excepcionalmente, juiz estadual poderá exercer competência federal julgando causas de interesse da União, desde que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. Nesse caso, o recurso deverá ser interposto perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de 1º grau.

Diante do exposto, renovando a vênia ao eminente Desembargador Relator, entendo ser este Tribunal incompetente para apreciação da matéria, de forma que determino a remessa dos autos para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - No âmbito meritório, entendo ser permitido, via de regra, o trabalho do maior de quatorze anos e menor de dezesseis, apenas na condição de aprendiz, conforme preconizado na CR/88, art. 7º, XXXIII, dispositivo destinado a proteger a criança e o adolescente, dentre outros, contra a exploração do trabalho infantil.

Todavia, trata-se de situação peculiar, pois é também garantido à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão, conforme art. 227 da CR/88.

Assim, a par da vedação insculpida no art. 7º, XXXIII, da CR/88, o direito à profissionalização e a garantia de se pôr a salvo de qualquer tipo de negligência devem permanecer com absoluta prioridade.

O menor em tela pertence a família de baixa renda, donde resulta que o trabalho poderá garantir-lhe melhores condições de vida, além de poder ajudar sua família, mantendo-o longe dos malefícios das ruas, eis que o Estado, como é de sabença, não mantém infra-estrutura de lazer e profissionalização suficiente e capaz de manter os menores protegidos da realidade cruel, negligenciando seu dever de proteção. Assim, o trabalho em turno diurno, desde que compatível com sua saúde física, psíquica e social, que garanta a frequência à escola, que não seja peri-

goso, penoso ou insalubre, que consagre efetivamente a condição peculiar do menor e que se atenha e se dirija à capacitação profissional ao mercado de trabalho, deve ser permitido ao maior de quatorze (14) anos, como uma forma de se iniciar a sua profissionalização, mantendo-o afastado da perniciosa vivência das ruas, dirigindo-o ao desejado senso da dignidade humana.

Na Apelação 70.739-7, do TJMS, j. em 17.05.2000, RT, 783, janeiro/2001, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, p. 382 e 383, resta preconizado:

(...) quando os próprios pais autorizam o trabalho dos menores, declarando expressamente que não será prejudicada a educação e a saúde destes, com o fito de privá-los do ócio pernicioso que contribui para arrastar os adolescentes para o vício da droga, e evitar que o desejo de obter renda os atraia para a mendicância, a prostituição ou para o mundo do crime, cuja consequência é o crescimento vertiginoso da violência que vivencia toda a sociedade nos dias de hoje, não se afigura justo construir verdadeiras muralhas jurídicas para permanecer impotente diante do resultado desastroso da ideologia alancorada da lei em confronto com a realidade obscura e cruel que se personifica e povoa as perigosas ruas (...).

Mesmo que a apelante, por impossibilidade, não mantenha vinculação de aprendizado junto ao Sesi, Senac ou Senai, entidades estas autorizadas pelo Ministério do Trabalho, o certo é que o trabalho compatível com a saúde física e psíquica e sem

prejuízo da frequência à escola, e em ambiente familiar, tal como vem asseverado na exordial, além de atender aos princípios da lei menorista, é um aprendizado que, com certeza, enriquecerá os menores de experiência, desenvolvendo o seu senso de responsabilidade e valorização pelo trabalho próprio e dos pais, possibilitando-lhes provar da doce experiência de comprar com o próprio dinheiro, fruto de seu trabalho, o que lhe aprover, conhecendo o exato preço.

É de pleno conhecimento que a Cidade de Cláudio não possui infra-estrutura suficiente para permitir lazer e profissionalização aos menores, especialmente aos menores carentes, de forma que a ocupação do tempo em trabalho nas condições supra-enfocadas é uma forma de garantir-lhes alguns dos direitos básicos preconizados no art. 227 da CR/88.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença na íntegra.

Sem custas.

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

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR, E NEGARAM PROVIMENTO.

DESAPROPRIAÇÃO - INVASÃO DE PROPRIEDADE - INADMISSIBILIDADE

- A desapropriação é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: uma, de cunho declaratório, que culmina com a expedição do decreto expropriatório e a indicação da necessidade ou utilidade pública; e a segunda, de cunho executório. A primeira fase deve ser precedida de procedimento administrativo, no qual a Administração verifica a necessidade da desapropriação e o valor da indenização a ser paga ao proprietário, tudo de forma justificada e motivada, pois todos os atos administrativos estão sujeitos a motivação, sejam eles originados do poder vinculado ou editados em virtude de faculdade discricionária.

- O Poder Público não pode, para dar início às obras, utilizar-se de imóvel que não sofreu o processo de desapropriação, invadindo-o e causando prejuízos ao particular.

AGRAVO Nº 291.675-7/00 - Comarca de Jaboticatubas - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Desapropriação - Invasão de Propriedade. - A desapropriação é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: uma, de cunho declaratório, que culmina com a expedição do decreto expropriatório e a indicação da necessidade ou utilidade pública; e a segunda, de cunho executório. A primeira fase deve ser precedida de procedi-

mento administrativo, no qual a Administração verifica a necessidade da desapropriação e o valor da indenização a ser paga ao proprietário, tudo de forma justificada e motivada, pois, como se sabe, todos os atos administrativos estão sujeitos a motivação, sejam eles originados do poder vinculado ou editados em virtude de faculdade discricionária.

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 ala dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2003. - Wander Marotta - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo agravante o Dr. Márcio Gabriel Diniz, pelo agravado, a Dra. Léa Torres Belisário.

O Sr. Des. Wander Marotta - Eunice Gouveia de Lima interpõe agravo de instrumento contra a r. decisão de fl. 116, que, nos autos da ação de desapropriação promovida pelo Município de Santana do Riacho contra herdeiros e sucessores de Manoel dos Santos Ribeiro e Joaquim Manoel da Silveira, determinou que a agravante removesse uma cerca de sua propriedade para a construção do Centro de Exposição Turismo e Lazer do Distrito de Cardeal Mota.

Afirma a agravante, em síntese, que o poder expropriante extrapolou a ordem judicial, adentrando seu terreno com máquinas pesadas,

... deixando um rastro de destruição por toda a frente da casa residencial que com muito sacrifício ali foi construída, alcançando também todo o sistema sanitário e elétrico do imóvel (fl. 07).

Alega que o pedido da Administração foi deferido unilateralmente, sem a oitiva das partes e sem qualquer fundamentação. Além disso, a questão de localização das glebas objeto da desapropriação sequer foi decidida, configurando-se a ilegalidade e abusividade da decisão recorrida. Requer a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, "... com o restabelecimento do status quo anterior às custas do agravado", ou, ad argumentandum, "... a imediata paralisação dos serviços que vêm sendo executados naquela área" (fl. 12).

O Município de Santana do Riacho ajuizou ação expropriatória contra os herdeiros e sucessores de Manoel dos Santos Ribeiro e Joaquim Manoel de Siqueira, no intuito de construir o Centro de Exposição Turismo e Lazer do Distrito de Cardeal Mota. Em 28 de junho de 2002, o autor pleiteou a remoção de uma cerca que estaria impedindo o início das obras. Segundo alegou, tal cerca foi colocada indevidamente pela agravante, que não deteria o direito de propriedade sobre o imóvel objeto da lide.

O MM. Juiz acolheu a pretensão da autoridade expropriante, sem oitiva da agravante e sem examinar os autos - em poder do perito oficial desde 31.05.2002 (fl. 26). Desta forma, autorizou

... o comparecimento ao local do Sr. Oficial de Justiça, amparado de reforço policial, se necessário for, para acompanhar o afastamento da cerca que adentra a área reservada para a Construção do Centro de Exposição Turismo e Lazer do Distrito de Cardeal Mota e que impede a circulação das máquinas que ali procederão (fl. 17).

Data venia, não decidiu com o costumeiro acerto o ilustre Magistrado.

Em primeiro lugar, anote-se que ainda não foi decidida a questão sobre a propriedade do terreno, que a agravante afirma ter adquirido em 15 de dezembro de 1993. Além disso, não figura ela no pólo passivo da ação expropriatória, do que decorre não poder o imóvel em que reside ser objeto de invasão pelo Poder Administrativo.

O agravado, em contra-minuta, alega que "... se a agravante comprou gato por lebre, deveria acionar o vendedor para fazer valer seus direitos". Entretanto, assinala não haver prova de que a área objeto da lide faça parte da área exproprianda, não prestando o documento de fl. 72 para tal fim.

Por outro lado, as fotografias juntadas às fls. 43/46 demonstram que o poder expropriante não se limitou a afastar a cerca da propriedade da recorrente.

O Município afirma ser imprescindível a utilização do terreno "ocupado" pela autora para a construção do Centro; entretanto, ainda não houve nenhum pronunciamento judicial no sentido de que a área objeto da desapropriação abranjeria também aquela que a agravante afirma ser de sua propriedade. Outrossim, a decisão recorrida tampouco autorizou o Poder Público a danificar o imóvel.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (in *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas Ed., 2000, p. 151):

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização (grifei).

E, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., RT Ed.: São Paulo, 1987, p. 499):

... o poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal (grifei).

A desapropriação, enfim, é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: uma, de cunho declaratório, que culmina com a expedição do decreto expropriatório e a indicação da necessidade ou utilidade pública; e a segunda, de cunho executório. A primeira fase deve ser precedida de procedimento administrativo, no qual a Administração verifica a necessidade da desapropriação e o valor da indenização a ser paga ao proprietário, tudo de forma justificada e motivada, pois, como se sabe, todos os atos administrativos estão sujeitos a motivação, sejam eles originados do poder vinculado ou editados em virtude de faculdade discricionária.

É como leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 11ª ed., São Paulo, 1999):

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são donos da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, todo o poder emana do povo (...) (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a cidadania (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

O Decreto-lei nº 3.365/41, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, diz respeito à ação

de desapropriação direta, promovida pelo órgão expropriante, conforme estabelecem os arts. 11 e seguintes da referida norma legal. E nos termos do referido decreto-lei:

Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam a revenda.

In casu, não ficou demonstrado que o terreno da agravante foi incluído no decreto expropriatório. Como bem ressaltou a ilustre Procuradora, Dra. Selma Maria Ribeiro de Araújo:

... se o imóvel da agravante não tem nada a ver com o processo expropriatório, como alega o agravado, por que razão utilizar-se de seu imóvel para iniciar as obras? Ainda, se a cerca que está a obstruir o início das obras foi indevidamente colocada pela agravante, seria mais equânime aguardar-se a conclusão da perícia acerca desse ponto controvertido suscitado. As provas carreadas aos autos demonstram completa invasão e utilização do imóvel da agravante. Não pode o Poder Público valer-se de sua imperatividade para, arbitrariamente, utilizar-se de bens imóveis particulares e alheios, causando-lhes prejuízos (fls. 78).

Por tais razões, dou provimento ao recurso para determinar a paralisação dos serviços que vêm sendo executados no interior do imóvel da autora.

Custas, pelo agravado.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

PROMESSA DE DOAÇÃO DE IMÓVEL - INEXISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - TÍTULO DE DIREITO REAL - AUSÊNCIA - ESCRITURA PÚBLICA - NECESSIDADE - EFEITOS

- Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a figura da doação compulsória ou da promessa de doação, não podendo, portanto, aquele que prometeu doar ser compelido a fazê-lo, se posteriormente se arrepender.

- Para validade da doação de imóvel, exige-se a escritura pública. Simples promessa de doação, por não constituir título de qualquer direito real, não autoriza ou legitima o promissário-donatário a anular a venda do bem imóvel prometido, pois a doação, sem o registro constituidor do domínio e sem a transmissão da posse, só pode conferir aos donatários frustrados reclamos de conotação obrigacional, a se traduzirem, se for o caso, em perdas e danos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 278.554-1/00 - Comarca de São Francisco - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Promessa de doação - Efeitos. - A promessa de doação, desacompanhada da escritura pública, que traduz a vontade do doador em ato jurídico perfeito e lhe dá validade, é uma mera liberalidade que contém em si também o direito do arrendimento antes de sua concretização. Não sendo título de qualquer direito real, a promessa de doação não autoriza ou legitima o seu destinatário a questionar os contratos de compra e venda celebrados pelo promissário com terceiros, somente permitindo ações que visem reclamar questões obrigacionais, que podem desaguar em perdas e danos.

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 SEGUNDO RECURSO, PREJUDICADO O PRIMEIRO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2003. - Sérgio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Ricardo Leal de Melo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - O Município de São Francisco ajuizou uma ação ordinária, buscando a anulação de escritura de compra e venda de um imóvel que lhe pertenceria, situado na Quadra W de um loteamento sobre a área da Fazenda Tabocal, pertencente a Eduardo Rocha Generoso, afirmando que, nos autos de uma ação demarcatória, teria celebrado acordo devidamente homologado pelo juiz, onde se reconheceu a propriedade da Prefeitura sobre tal área. Apesar disso, o requerido Eduardo Generoso teria vendido este imóvel para Genival Vieira, tudo de maneira a evidenciar má-fé e a justificar a anulação de tal operação e de seu registro imobiliário.

Posteriormente, o Município aditou a inicial, folhas 86 a 87, informando que já haveria um outro adquirente sobre a área, Wesley Ribeiro Almeida, buscando que o pleito anulatório também alcançasse os seus registros.

Pela decisão de folhas 300 a 311, o pedido foi julgado procedente, decretando-se a nulidade das compras e vendas efetuadas entre Eduardo Rocha Generoso e Ieda Maria Vieira de Generoso, Wesley

Ribeiro Almeida e Genival Vieira, bem como dos registros imobiliários de tais operações.

Inconformado, Genival Vieira e Wesley Ribeiro Almeida apelaram, folhas 314 e 315, alegando que são terceiros de boa-fé, pois não sabiam da doação modal feita por Eduardo e Ieda e não poderiam ser prejudicados com a remessa de seus interesses para uma simples questão de perdas e danos.

Eduardo e Ieda também apelaram, folhas 318 a 340, tecendo longas considerações sobre o que chamam de equívocos da decisão e destacando que a doação seria duvidosa, havendo o direito dos apelantes dela desistirem tal como desistiram, sendo certo que a promessa de doação não teria abrigo em nosso direito e que a decisão estaria dando agasalho a uma situação absurda.

Os apelos foram combatidos pelo Município, e o parecer da Procuradoria de Justiça recomenda que se negue provimento aos mesmos.

Conheço dos recursos, eis que interpostos tempestivamente, com observância das demais formalidades legais.

Preliminarmente, verifico que a questão colocada nos autos foi bastante tumultuada quando, na verdade, poderia ter sido resolvida de pronto, pois não há como se aceitar que quem não seja proprietário de um imóvel ou de uma área, quem não detenha o registro competente sobre esse imóvel, possa reivindicar direitos sobre o mesmo contra exatamente quem possua tais requisitos.

Ora, no caso dos autos, a Prefeitura celebrou um acordo com o segundo apelante, isso nos idos de 1987, doc. de folhas 15 a 17, onde o segundo apelante, então solteiro, doc. de folhas 148, assumia um compromisso de doar o imóvel reivindicado como seu pelo Município.

A teor do art. 1.168 do CC, que exige a escritura pública para a validade da doação, essa doação nunca foi efetivada, permanecendo o imóvel registrado, doc. de folhas 79, em nome do segundo apelante.

Diz ELVINO SILVA FILHO, citando Orlando Gomes, que:

Poder-se-ia inferir dos termos da definição do legislador no art. 1.165, do CC, a falsa impressão de que, pelo contrato, se transfere a propriedade dos bens doados. Na realidade, porém, o contrato de doação não produz esse efeito. 'A propriedade do

bem doado somente se transmite pela tradição, se móvel, ou pela transcrição, se imóvel. O contrato é apenas o título, a causa da transferência, não bastando, por si só para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós, o domínio das coisas não se adquire *solo consensu*, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta como para a doação'.

E prossegue o mesmo doutrinador, agora citando um acórdão do TJSP, editado na RT, 573/91:

A falta de registro do imóvel doado não produz, realmente, a aquisição do domínio pelo donatário. Aos donatários não assiste o direito de anular a venda a terceiro do bem doado antes de transcrita a escritura respectiva, uma vez que sem a transcrição não há a aquisição de qualquer direito real. A doação sem o registro constituidor do domínio e sem a transmissão da posse só pode conferir aos donatários frustrados reclamos de conotação obrigacional, a se traduzirem, se for o caso, em perdas e danos' ('Efeitos da Doação no Registro de Imóveis', *Revista de Direito Imobiliário* nº 19/20, RT, 1987, p. 9/10.)

Colocada a questão sob este prisma, é de se ver que o Município, ostentando apenas uma "promessa de doação" e reconhecendo, expressamente, que tal promessa nunca foi cobrada nem se efetivou legalmente, busca, nesta ação, que se anulem os registros relativos a duas operações de compra e venda celebradas pelo segundo apelante com os primeiros, documentos que foram registrados exatamente porque, em obediência ao princípio da continuidade, por exemplo, já existia registro anterior competente dando tal imóvel e tal área em nome e como propriedade do segundo apelante.

Este Tribunal mesmo já decidiu anteriormente que:

Ementa: Promessa de doação - Inexistente no ordenamento jurídico pátrio - Inexequível. - Por ser a doação ato de pura liberalidade da pessoa que pode, dentro da lei, fazer o que bem entender do seu patrimônio, temos que aquele que prometeu doar não pode ser compelido a fazê-lo, se posteriormente se arrepender. E inexistente no nosso ordenamento pátrio a figura jurídica 'promessa de doação', sendo, portanto, inexequível.

Não se argumente que, no caso dos autos, haveria uma homologação judicial que teria dado maior força a tal promessa de doação. A ementa acima transcrita nasceu exatamente de um caso

semelhante, onde a promessa de doação também fora objeto de homologação. Vejamos o caso no relato do Des. Antônio Hélio Silva, que foi Relator do mesmo:

Em minuciosa análise feita aos autos, vê-se que nos autos da separação judicial consensual em que foram parte a agravante e o de cujus, ambos concordaram em doar, quando fosse possível, o imóvel lá descrito aos seus filhos menores, resguardado o direito dos filhos do varão, advindos de casamento anterior.

Ocorre que, quase sete anos após a homologação da separação, o varão veio a falecer sem que a doação fosse formalizada, através da matrícula do título judicial no Registro de Imóveis, ou mesmo ratificada em divórcio, que não chegou a ocorrer.

Entendemos, deste modo, que o acordado em separação àquela época não passou de mera intenção de doar ou promessa de doação, figura não existente no ordenamento jurídico pátrio e, portanto, não exequível.

Por ser a doação ato de pura liberalidade da pessoa que pode, dentro da lei, fazer o que bem entender do seu patrimônio, temos que aquele que prometeu doar não pode ser compelido a fazê-lo, se posteriormente se arrepender.

Se o varão, nos quase sete anos que se sucederam entre a separação e seu óbito, não fez nada para efetivar a doação, podendo haver-se arrependido da promessa, entendemos que agora o acordo se acha inválido, e o imóvel prometido passa a integrar o espólio para sofrer os efeitos da sucessão.

Quanto à varoa, temos que não está vinculada ao acordo, principalmente agora que o mesmo se acha inválido, podendo doar ou não, conforme entenda ser melhor para seus interesses e dos menores.

Sendo assim, por não existir no nosso ordenamento jurídico a figura da doação compulsória e por todos os fundamentos acima, temos que a agravante (inventariante) não está obrigada a doar sua parte do imóvel aos filhos, sendo portanto meeira do mesmo (Agravado de Instrumento nº 233.814-3/00).

É curioso destacar ainda que a ação foi manejada contra Ieda Maria Vieira de Generoso, esposa de Eduardo Generoso e que também integra o segundo apelo, quando, como registramos acima, essa apelante não se obrigou a nenhuma doação, pois, no dia em que o acordo foi celebrado, ela não era casada com o segundo apelante.

Como é que se pode aceitar uma pretensão inicial de anulação de escrituras contra uma parte que não estaria obrigada a tal doação brandida pelo Município?

Tudo isso nos mostra que a decisão atacada avançou além dos limites a que o caso deveria ter chegado, pois deveria ter estancado ante o reconhecimento da total impossibilidade de se ter como parte legítima, numa ação sobre direito real, quem não tinha o título de tal direito. Pior do que isso, tal ação foi dirigida contra quem ostenta nos autos o registro de propriedade sobre a área reclamada. E essa ação foi proposta de maneira digna de um contorcionista, pois, ao contrário de se buscar, por exemplo, reconhecer a validade de tal homologação do acordo para efeitos de se consubstanciar a escritura de doação - se é que isso seria possível -, pleiteou-se a nulidade dos registros imobiliários resultantes dos contratos de compra e venda celebrados pelos segundos apelantes.

Colocada assim a questão debatida em preliminar pelos segundos apelantes, não vejo como ultrapassá-la. O pedido era impossível de ser deferido, eis que não se pode aceitar a reivindicação em torno de direitos reais por parte de quem não tem os indispensáveis títulos sobre tais direitos, tudo contra exatamente quem reconhecidamente os ostenta.

Além disso, não tendo a segunda apelante lida Generoso assumido ou feito qualquer promessa de doação em favor do Município, como se compeliu esta apelante, em nome dos pretensos direitos nascidos desse acordo, a se vincular aos seus efeitos se ela não foi parte em tal ação?

Por tudo isso, creio que o caso comporta, em preliminar, a extinção do feito sem o julgamento do seu mérito, eis que não existem condições para a continuidade da ação; e, afora isso, lida Generoso seria parte passiva ilegítima, pois sequer participou do tal acordo homologado judicialmente em torno da promessa de doação, que é o título ostentado pelo apelado contra ela.

Assim sendo, diante do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, dou provimento ao segundo apelo, acolhendo a preliminar ali exposta, tudo nos termos da fundamentação acima lançada, para julgar extinto este feito, sem julgamento do seu mérito. Em consequência, condeno o apelado nos

ônus sucumbenciais, fixando os honorários advocatícios do patrono do segundo apelante em cinco mil reais, observado o disposto no art. 20, § 4º, e, notadamente, o zelo profissional demonstrado ao longo do caso e a importância de seu trabalho para o deslinde da causa. Para o patrono dos primeiros apelantes, que se lançaram nos autos com um trabalho menos exaustivo e aprofundado, fixo os honorários em dois mil reais. Fica prejudicado o 1º apelo.

Julgo prejudicado o 1º apelo.

É como voto.

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

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, PROVENDO NA PRELIMINAR A SEGUNDA APELAÇÃO, PREJUDICADA A PRIMEIRA.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 09.12.02, a meu pedido, após votar o Relator, provendo na preliminar a segunda apelação, prejudicada a primeira.

Após votar o em. Relator, provendo, na preliminar, a segunda apelação e dando por prejudicada a primeira, julguei de bom aviso pedir vista dos autos, para maior e melhor reflexão sobre a matéria.

Reexaminando-os, no entanto, cheguei ao mesmo resultado constante do voto precedente, a que adiro a intevias.

Em assim sendo, também dou provimento ao segundo recurso, para extinguir o processo sem exame do mérito, ao mesmo tempo em que reputo prejudicada a primeira apelação.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, PREJUDICADO O PRIMEIRO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - CERTIDÃO DE DÉBITO - TRIBUNAL DE CONTAS - NULIDADE DO FEITO EXECUTIVO - AUSÊNCIA DE TÍTULO HÁBIL - INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VERBAS DE SUCUMBÊNCIA

- É nula a execução arrimada em certidão, extraída de decisão do Tribunal de Contas que impingiu multa e imputou débito a ex-prefeito, não obstante tenham sido aprovadas suas contas pela Câmara Municipal, na medida em que apenas o Poder Legislativo detém competência para julgar contas do chefe do Poder Executivo, em conformidade com a ordem constitucional vigente. Exegese dos arts. 31 e 71, I, II e § 3º, da Constituição Federal e 76, I, II e § 3º, da Constituição Mineira.

- Vencido o Ministério Público na ação de execução por ele intentada, deve o mesmo suportar os ônus da sucumbência, ex vi do artigo 20 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 299.824-3/00 - Comarca de Muzambinho - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Ação civil pública de execução - Embargos - Ministério Público - Certidão de débito - Tribunal de Contas - Nulidade do feito executivo - Ausência de título hábil - Interpretação sistêmica da Constituição Federal - Verbas de sucumbência. - É nula a execução arrimada em certidão, extraída de decisão do Tribunal de Contas que impingiu multa e imputou débito a ex-prefeito, não obstante tenham sido aprovadas suas contas pela Câmara Municipal, na medida em que apenas o Poder Legislativo detém competência para julgar contas do chefe do Poder Executivo, em conformidade com a ordem constitucional vigente. Exegese dos arts. 31, 71, I, II e § 3º, da Constituição Federal e artigo 76, I, II e § 3º, da Constituição Mineira. - Vencido o Ministério Público na ação de execução por ele intentada, deve o mesmo suportar os ônus da sucumbência, ex vi do art. 20 do CPC.

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 DE OFÍCIO, ANULAR O PROCESSO DE EXECUÇÃO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2003. - Silas Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por João da Cruz, objetivando a reforma da sentença acostada às fls. 135/148, por via da qual o Juiz de Direito da Comarca de Muzambinho julgou improcedente a presente ação incidental de embargos do devedor ajuizada em face da execução movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Em seu arrazoado de fls. 144/172, o apelante erige as prefaciais de "excesso de execução" e de cerceamento de defesa, este decorrente do julgamento antecipado da lide.

Na seara meritória, assevera que cabia ao apelado comprovar não somente o débito, mas também o *quantum debeatur*, diante do disposto no artigo 459 do CPC; que, em face da farta documentação comprobatória de despesas havidas pelo Município, torna-se necessário o refazimento do valor da ação, sob pena de se caracterizar o enriquecimento ilícito do ente municipal.

Acrescenta que, por ausente o pressuposto da liquidez, impende reconhecer a nulidade da execução, até mesmo de ofício, como se deflui do art. 618, I, do CPC.

Alega, mais, que restou comprovada a ausência de lesão aos cofres públicos do Município, uma vez que os materiais e serviços foram efetivamente fornecidos ou prestados; que, quando muito, pode ter havido irregularidades administrativas, mas não ilegais, eis que os procedimentos adotados na gestão do ex-Prefeito-apelante não acarretaram mínimo prejuízo do erário.

Contra-razões às fls. 175/186.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta opinou pela negativa de provimento ao recurso (fls. 195/202).

É o relato.

Suscito, de ofício, preliminar de nulidade da ação de execução, em apenso, por ausência de título hábil, o que faço com fulcro no artigo 618, I, do CPC.

Ressai dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública de execução por quantia certa contra João da Cruz, com esteio na certidão carreada às fls. 07/09-apenso, decorrente da imputação de débito e aplicação de

multas pelo Tribunal de Contas ao executado, ex-Prefeito de Juruaia, em face da constatação de irregularidades na sua gestão, mais precisamente no ano de 1994.

O Órgão Ministerial fundamentou a pretensão executiva na dicção do art. 71, parágrafo 3º, da CF e art. 76, parágrafo 3º, da Constituição Mineira, cujos dispositivos preceituam que a decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo.

Ocorre que, dentro de uma interpretação sistêmica do ordenamento constitucional, tenho que os referenciados dispositivos não detêm o alcance que lhes quer conferir o Ministério Público.

Isso porque nem a Constituição Federal nem tampouco a Constituição Mineira autorizam o Tribunal de Contas que se arvora na competência específica do Poder Legislativo, a quem é atribuída a função de julgar as contas do chefe do Executivo.

Em conformidade com o *caput* do artigo 31 da CF,

a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

Já o parágrafo primeiro do mencionado art. 31 explicita que:

o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Confrontando o artigo 31 da CF com o artigo 71, I, da CF, segue-se que, no âmbito municipal, as contas dos prefeitos são julgadas pela Câmara dos Vereadores, que pode rejeitá-las ou aprová-las, sendo que a peça ofertada pelo Tribunal de Contas revela, tão-somente, conteúdo opinativo.

Sobre a função do Tribunal de Contas do Poder Legislativo municipal, no controle externo da gestão dos prefeitos, vale lembrar o julgamento referente ao RE nº 132.747-2-DF, de cuja ementa se extrai que:

... Ao Poder Legislativo compete o julgamento de contas do chefe do Executivo, considerados os três níveis federal, estadual e municipal. O Tribunal de Contas exsurge como simples órgão auxiliar, atuando na esfera opinativa. Inteligência dos artigos 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

25, 31, 49, inciso IX, 71 e 75, todos do corpo permanente da Carta de 1988 (...) (DJU de 07.12.95).

No julgamento alhures referido, o Ministro Marco Aurélio (Relator), em lapidar voto, ressaltou a atividade meramente auxiliar do Tribunal de Contas no julgamento das contas dos chefes do Executivo, atividade que, segundo ele, não pode ser transmutada em decisória. A seguir, concluiu:

Longe fica de emprestar à apreciação das contas pelo Tribunal contornos de verdadeiro julgamento, só alcançado mediante ato da Câmara Municipal. Sem que ocorra o exame pelos membros que a integram, a peça ofertada pelo Tribunal de Contas, seja favorável ao Prefeito, seja-lhe contrária, permanece com os contornos que lhe são próprios, ou seja, com o valor que lhe é atribuído pela Constituição Federal, de pronunciamento opinativo prévio, a instruí processo perante a Câmara.

É bem verdade que o inciso II do art. 71 da CF, bem como o inciso II do art. 76 da Constituição Mineira atribuem ao Tribunal de Contas a competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta.

Não menos verdade, contudo, é que os chefes do Poder Executivo não se enquadram nos incisos mencionados acima, cujos atos são fiscalizados, externamente, na forma do art. 71, inciso I, da CF e art. 76, I, da Constituição Estadual, casos em que o Tribunal de Contas se limita a exarar parecer prévio, para que o Legislativo efetivamente julgue as respectivas contas.

De bom alvitre trazer à baila a distinção pro-cedida pelo Ministro Marco Aurélio sobre a questão:

Nota-se, mediante a leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento.

Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do

julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos - apreciar e julgar - como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz "mediante parecer prévio" a ser emitido, como exsurge como clareza solar, pelo Tribunal de Contas (RE 132.747-2).

Feitas tais considerações, observo que, no caso em apreço, a Câmara Municipal aprovou as contas do ex-Alcaide relativamente ao exercício do ano de 1994, mesmo à vista do parecer e argumentações do Tribunal de Contas (fls. 22/25).

Sendo assim, carece de força executiva a certidão de fls. 07/09-apeço, a qual foi extraída com base na decisão do Tribunal de Contas que impingiu multas e imputou débito ao executado-apeante, porquanto referida certidão colide com o julgamento da edilidade. Entendimento contrário, a meu ver, importaria em verdadeira subversão à ordem constitucional que, repiso, atribuiu ao Legislativo a competência para julgar as contas do Chefe do Executivo.

Nesse mesmo diapasão, o seguinte pronunciamento do Excelso Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução de multas impostas pelo Tribunal de Contas. Aprovação das contas pelo respectivo Poder Legislativo. Impossibilidade.

- 1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás com a finalidade de sustar a execução de penalidades pecuniárias relativamente aos atos que atribuíram ao impetrante irregularidades nas suas contas, decorrentes de entradas e saídas irregulares de mercadoria do almoxarifado na Prefeitura de Americana do Brasil, no período em que o impetrante exerceu o mandato de prefeito.

- 2. A atribuição de fiscalização dos atos do Executivo compete à Câmara Municipal respectiva, sendo o Tribunal de Contas órgão auxiliar do Legislativo local.

- 3. No caso, a Câmara Municipal aprovou as contas do recorrente, logo, não poderia o Tribunal de Contas

mandar executar a sua decisão sob pena de ofender o Poder Legislativo local. (ROMS 12.462-GO, Ministro José Delgado, DJ de 06.05.2002.)

De resto, considerando que a hipótese vertente se enquadra nos artigos 646 e seguintes do CPC (execução por quantia certa), deve o vencido, no caso o Ministério Público, ressarcir ao vencedor as despesas que desembolsou, bem como pagar a verba honorária de sucumbência, tudo em estrita consonância com o artigo 20 do CPC.

Confira-se:

Embargos de declaração. Ministério Público. Execução. Sucumbência. Honorários advocatícios.

- I - Deve o Ministério Público arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, vencido que foi na ação de execução movida contra parte ilegítima, uma vez que esta foi compelida a contratar advogado.

- II - O fato de ser atribuição do Ministério Público promover execução dos julgados do Tribunal de Contas do Estado não tem o condão de alterar a regra do art. 20 do CPC, que regula a sucumbência (EDResp 261.307/MG, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 29.10.2001).

Firme em tais expendimentos, de ofício, decreto a nulidade da execução, por ausência de título executivo.

Ficam invertidos os ônus da sucumbência, cabendo ao exequente pagar, a título de honorários, o montante de R\$1.000,00 (mil reais), que ora arbitro com espeque no art. 20, parágrafo 4º, do Diploma Processual.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DE OFÍCIO, ANULARAM, O PROCESSO DE EXECUÇÃO.

DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO JUSTA - LOTES ENCRAVADOS - IRRELEVÂNCIA PARA FIXAÇÃO DO VALOR

- Se a indenização deve ser a mais justa e ampla possível, a eventual existência de lotes encravados na área expropriada não influi em nada na fixação da avaliação, sobretudo se possuem eles condições de acesso à via pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.038-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Indenização justa - Lotes encravados - Irrelevância na fixação do valor. - Se a indenização deve, em verdade, ser a mais justa e ampla possível, a eventual existência de lotes tidos como encravados, na área expropriada, não influirá em nada na fixação da avaliação, sobretudo se possuem eles condições de acesso à via pública.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - Cláudio Costa - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela primeira apelação, a Dr^a. Patrícia Salomão Batista.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Conheço de ambos os recursos, por preencherem os requisitos de admissibilidade.

Como já se assinalou no relatório, as partes recorreram da decisão.

A expropriada, visando à fixação de indenização que atenda ao princípio constitucional de que deverá ela "ser a mais ampla possível", critério não observado na sentença, em face de avaliações realizadas em outros feitos.

Igualmente, terá incidido a decisão em julgamento *ultra petita*, como também se manteve omissa quanto à aplicação de juros e correção.

A sentença, entretanto, procedeu a uma minuciosa e particularizada análise dos fundamentos e das conclusões do laudo oficial, notadamente quando se reporta aos esclarecimentos prestados pelo perito às fls. 211/213, nos quais hauriu os elementos de convicção quanto à fixação do valor que lhe pareceu o mais justo e razoável.

Não demonstrou a expropriada que o laudo não refletisse, técnica e cientificamente, a realidade econômica vigente e o justo valor da indenização constitucionalmente cabível.

De resto, em termos práticos, o pedido da recorrente, formulado em considerações genéricas como, *verbi gratia*, o fato de que "não deve ser a menor", "nem a mediana", mas "a maior possível", se encontra atendido e observado na sentença do Juízo, sem sofrer qualquer influência descaracterizadora nas razões do recurso, pois se esmerou o Juízo em apontar os motivos que o levaram a rejeitar os parâmetros utilizados em outras e diferentes avaliações.

Com a adoção de critérios que se comportam em seu poder judicante de apreciação, por outro lado, não incidiu o Juízo na vedação de julgamento *ultra petita*, sobretudo porque pôde sanar, em grau de embargos declaratórios, eventual lapso em que haja porventura incidido.

E, quanto à alegada não-incidência de juros e correção, o julgamento dos embargos declaratórios dá a necessária resposta.

Nego provimento ao recurso da expropriada.

Quanto ao recurso do Estado, deduzido contra parte da decisão, sustenta ele, em substância, que, sendo considerados "encravados" os lotes de nºs 5, 6, 7 e 8, influirá essa peculiaridade na estimativa de seu valor, que, assim, deverá ser reduzido em 50%.

Todavia, a sentença assim encarou a questão:

(...) Em relação a dificuldade de acesso de veículos aos lotes 5, 6, 7 e 8, conforme explicado pelo próprio perito, a Prefeitura de Belo Horizonte, mesmo tendo conhecimento da situação da área, tal como se encontra hoje, aprovou o loteamento, viabilizando, portanto, ao proprietário dispor de meios para que tenha acesso ao seu lote, já que devidamente aprovado, o que retira, também, a caracterização dos lotes como encravados - fl. 292 - grifamos.

Além disso, como o acentuam as contrarrazões:

2-7- Dando todos os lotes acesso à via pública, e tendo todos eles acesso à via pública, mesmo se o acesso por alguns pontos fossem mais dificultosos do que pelos demais, não se poderia falar em "lotes encravados", como não sealaria em servidão de passagem - fl. 358.

Acresce, ainda, que:

Não se pode onerar a propriedade lideira com servidão de passagem, a pretexto de maior comodidade para o vizinho, se este dispõe de outra para o

mesmo fim, sendo irrelevante o fato de ter que percorrer distância maior para alcançar a via pública (TAMG, 1^a C. Civil, AC 297.738, Rel. Juiz Corrêa de Marins) - fl. 358.

Sendo esse, portanto, o ponto fundamental do recurso do Estado, nada justifica seu provimento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

EX-SERVIDOR - IPSEMG - CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA GARANTIDA PELA LEI ESTADUAL 1.195/54 - DIREITO RECONHECIDO E CONSOLIDADO - SUPRESSÃO PELA LC ESTADUAL 64/02 - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO ADQUIRIDO

- Não pode, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito, a Lei Complementar Estadual 64/02 retroagir para restringir o direito reconhecido ao servidor desvinculado do serviço público de manter seu contrato de contribuinte facultativo celebrado com o Ipsemg sob a vigência da Lei Estadual 1.195/54.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 328.378-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Ex-servidora pública - Contribuinte facultativa - LC 64/02 - Perda da condição de segurada - Ato jurídico perfeito. - Não pode a LC 64/02 retroagir para modificar situações jurídicas estabilizadas sob o comando de lei anterior que previa a possibilidade de ex-servidor contribuir facultativamente junto ao Ipsemg. Segurança concedida. Sentença confirmada em reexame.

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, 15 de maio de 2003. - José Francisco Bueno - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Trata a espécie de mandado de segurança impetrado por ex-servidora pública municipal contra ato do Presidente do Ipsemg, que cancelou sua inscrição de segurada facultativa, com base na Lei Complementar 64/02.

Concedeu-se a liminar requerida.

Presta informações a apontada autoridade coatora, alegando que a LC 64/02 veio para substituir

o antigo regime previdenciário, com o fim de sanar as irregularidades existentes nos dispositivos legais anteriores que confrontam com os dispositivos gerais de previdência fixada na Constituição Federal de 1988, não havendo qualquer inconstitucionalidade no § 2º do art. 3º da LC 64/02, que estabelece que o servidor desvinculado do serviço público perde a condição de segurado.

O il. representante do MP opina pela concessão da segurança.

O MM. Juiz *a quo*, entendendo que a LC 64/02 não pode retroagir para restringir direito firmado nos termos da Lei 9.380/86, para modificar situação já consolidada nos termos da legislação anterior, sob pena de atingir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, concedeu a segurança, sujeitando a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Além da remessa oficial, o Ipsemg apresenta recurso sustentando a legalidade do ato. Alega que a inscrição da recorrida é posterior à CF/88, portanto nula de pleno direito, já que não há que se falar em direito adquirido amparado em norma que não foi recepcionada pela Constituição Federal, que prevê que somente os servidores públicos têm direito ao regime próprio. Pugna pela reforma da sentença.

O recurso foi regularmente contra-arrazado, defendendo o acerto da r. decisão.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela confirmação da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Em síntese, este é o relatório.

Conheço da remessa oficial para reexame e do recurso.

A impetrante, depois de desvincular-se do serviço público, em setembro/97, passou a contribuir facultativamente junto ao instituto, cuja lei de regência da época permitia a filiação dos chamados segurados facultativos mediante repasse de contribuições desses segurados, na forma prevista nos arts. 10 e 17 da Lei 1.195/54 e art. 5º da Lei 9.380/86, que asseguram o direito do ex-servidor como segurado facultativo do IPSEMG, desde que recolha as contribuições mensalmente.

Com base na legislação estatutária do Ipsemg, a impetrante, já inscrita como segurada, manteve seu direito aos benefícios, recolhendo facultativamente as contribuições, na qualidade de ex-servidora, como demonstrado nos autos, não podendo a LC 64/02 retroagir para restringir direito já reconhecido e consolidado, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito garantido pela Constituição.

Diz o art. 3º, § 2º, da LC 64/02: "O servidor desvinculado do serviço público perde a condição de segurado".

Entendo, com respeito, que o direito da impetrante não pode ser atingido pela edição de lei nova, já que o "contrato" celebrado entre ela e o Ipsemg ocorreu sob a vigência da Lei 1.195/54, que permitia ao contribuinte afastado do serviço público se manter filiado ao instituto na categoria de contribuinte facultativo.

Ademais, não merece acolhimento a alegação do Ipsemg de que a situação da impetrante, de segu-

rada facultativa, não encontra respaldo na Carta Magna e legislação previdenciária em vigor.

O direito da impetrante encontra respaldo na legislação do Ipsemg vigente à época, e na Constituição Federal.

Não merece prevalecer a alegação do Ipsemg no sentido de que deve a impetrante contribuir obrigatoriamente para o regime geral de previdência social, e não para o regime próprio dos servidores públicos, a uma porque existe vedação expressa da CF/88, em seu art. 201, § 5º, que proíbe a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência, e, ademais, porque a situação da ex-servidora de contribuinte facultativa se consolidou na legislação previdenciária vigente à época da opção, que permitia tal hipótese.

A inscrição da impetrante como contribuinte facultativa em 1997 não é nula e não viola norma constitucional, devendo ser mantida, continuando ela a receber os benefícios a que tem direito.

Diante do exposto, em reexame necessário, confirmo integralmente a r. decisão de primeiro grau, prejudicado o recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL - ACORDO SOBRE ALIMENTOS - MORTE DO SEGURADO

- A mulher que vem recebendo pensão, conforme deliberado em separação judicial, tem o direito ao correspondente benefício previdenciário, por morte de seu ex-marido e segurado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.301-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Separação judicial - Acordo sobre alimentos - Morte do segurado. - A mulher que vem recebendo pensão, conforme deliberado em separação judicial, tem o direito ao correspondente benefício previdenciário, por morte de seu ex-marido e segurado.

Acórdão

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

taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2003. - Francisco Figueiredo - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da remessa obrigatória, assim como do prestante apelo voluntário, eis que atendidos os pressupostos de suas admissibilidades.

A apelada, dizendo-se separada de fato de seu ex-marido, recebia, a título de pensão alimentícia, 25% dos rendimentos líquidos do ex-cônjuge, resultantes de acordo celebrado e homologado pelo MM. Juiz da 9ª Vara de Família de Belo Horizonte, em ação de alimentos.

O segurado faleceu em 23.07.02, e a apelada, de imediato, tentou regularizar a sua posição de dependente junto ao apelante, o que lhe foi recusado ao fundamento de não estar ela mais convivendo, por ocasião do falecimento, com o ex-segurado.

Argumenta a apelante que a legislação não ampara pessoas separadas judicialmente e que a apelada, após a viuvez, contraiu outro casamento e, ainda que assim não fosse, não havia previsão legal para considerá-la dependente do segurado após a separação.

Recorrendo ao princípio da hierarquia das leis, constata-se que a Lei Federal 8.213/91 estabelece em seu artigo 76 que:

o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, ou de fato, que recebia pensão de alimentos, concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do artigo 16 desta lei.

SOCIEDADE DE FATO - DISSOLUÇÃO - PARTILHA DE BENS - BEM ADQUIRIDO ANTES DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA - EXCLUSIVIDADE DO ADQUIRENTE

- Se o bem foi adquirido antes da relação concubinária, ele não deve entrar na partilha, e sim pertencer ao adquirente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.446-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ninguém põe em dúvidas que se trata de uma lei superior.

Não há nos autos qualquer prova que tenha havido divórcio ou separação entre o casal, pois que a tal não se equipara o simples pedido de alimentos, ato devidamente comprovado pelo documento de fl. 10.

Repita-se que, no caso em exame, nem separação houve, mas tão-somente ação de alimentos.

Ao cônjuge ou companheiro é garantido o direito à pensão previdenciária, nos termos do artigo 10 da Lei 10.356/50 e seria uma heresia pretender o apelante a sua exclusão pelo fato de não ter participado do acordo assinado pelas partes nos autos de alimentos, sabido que aos citados procedimentos em juízo comparecem tão-somente marido e mulher, pessoas físicas.

A obrigação de prestar alimentos é personalíssima e disso ninguém duvida, mas o dever de pagar as pensões à apelada é oriundo das obrigações cumpridas por seu falecido marido, ao recolher, ao longo do tempo, as contribuições devidas para o gozo futuro do benefício.

Desta forma, em reexame necessário, não há como deixar de ratificar a bem-lançada sentença de primeiro grau, que tem a nossa plena adesão e que ora confirmo na sua inteireza, tendo como prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

Ementa oficial: Dissolução de sociedade de fato. - Se o bem foi adquirido antes da relação concubinária, ele não deve entrar na partilha, e sim pertencer ao adquirente.

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, 19 de agosto de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Francisco Figueiredo* - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

In casu, uma ação de dissolução de sociedade concubinária, sociedade esta vivenciada pelas partes por uma década, da qual nasceram dois filhos. Quanto à declaração de dissolução, as partes anuíram. O conflito estabeleceu-se quanto à partilha do bem, visto que o varão disputa a metade do bem e a varoa a totalidade. O MM. Juiz a quo declarou o direito em favor desta.

TÁXI - TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - IMPEDIMENTO POR COMANDANTE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA - EXISTÊNCIA DE LICENÇA DO MUNICÍPIO PARA EFETUAR O TRANSPORTE - VEÍCULO DEVIDAMENTE REGULARIZADO - AUSÊNCIA DE PROVA DO ALICIAMENTO OU RECRUTAMENTO DE PASSAGEIROS - LIVRE ESCOLHA DE TRANSPORTE PELO USUÁRIO - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO TAXISTA DE EXERCER LIVREMENTE SUA PROFISSÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- O transporte intermunicipal de passageiros por veículos de táxi licenciados pelo município está amparado pelo Código de Trânsito, tendo o passageiro liberdade para escolher o transporte que entenda ser adequado, podendo ele usar tanto o transporte coletivo quanto o táxi.

- Fere direito líquido e certo do taxista, referente ao livre exercício de sua profissão, o ato de comandante da Polícia Rodoviária que impede o transporte intermunicipal de passageiros realizado por táxi, desde que o taxista tenha concessão do município para efetuar o transporte, não angarie, alicie ou recrute passageiros e o veículo esteja devidamente regularizado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.979-5/00 - Comarca de Buritis - Relator: Des. ABREU LEITE

Fico pensando se as partes (ou quem de direito) tivessem doado este bem para os menores com usufruto vitalício da mãe e, na falta dela, do pai, não teria sido melhor para todos, principalmente tendo a sociedade terminada.

Mas pensamento paralelo de julgador não importa para a decisão da lide. O que importa é a prova dos autos.

E nisto estou anuente com a descrição cronológica das datas da sentença e a sua declaração de definição quanto ao bem. Pela tal descrição cronológica, vê-se que não dava tempo, em tão curto espaço, de a obra - que é apreciável - ter sido feita a dois.

E a minha convicção se avulta, pelo fato de, durante o restante da década de convivência, o casal não ter adquirido mais nada, conforme o silêncio dos autos.

Com estas considerações, nego provimento à apelação, com a anuência do Órgão Ministerial de ambas as instâncias.

O Sr. Des. *Nilson Reis* - De acordo.

O Sr. Des. *Jarbas Ladeira* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Ementa oficial: Mandado de segurança - Ato de autoridade que impede o transporte intermunicipal de passageiros por taxistas - Ausência de comprovação de aliciamento ou recrutamento de passageiros pelo taxista - Livre escolha de transporte do usuário - Segurança concedida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - *Abreu Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo Sindpas, o Dr. *Aristóteles Atheniense*.

O Sr. Des. *Abreu Leite* - Sr. Presidente. Ouvi com costumeira atenção as sempre brilhantes palavras do Dr. *Aristóteles Atheniense*. Tenho voto escrito e não é a primeira vez que decido a matéria, que já foi reiteradamente decidida por esta Câmara, havendo sido Relator de uma centena de recursos, especialmente dessa região de Teófilo Otoni.

E, a propósito disso, lembro que houve uma certa ocasião em que se chegou a expedir uma circular recomendando a apreensão de táxi, em face de uma representação feita por empresas que tinham delegação de transporte coletivo.

Mas o Sindicato dos Taxistas fez uma representação ao Detran, e o Detran de Minas Gerais reexaminou a matéria e fez um parecer que transcrevo em meu voto, que examina muito bem a questão e conclui que o transporte intermunicipal de passageiros por veículos de táxi licenciados está amparado pelo Código de Trânsito. E o cidadão tem a livre escolha. Ele pode usar o transporte coletivo, como pode usar o táxi. Aliás, é um fato comum na porta de qualquer aeroporto do País. Quem usa aeroporto sabe que na porta de aeroporto há táxi de transporte intermunicipal: de Guarulhos para São Paulo, de Confins para Belo Horizonte.

Tenho voto escrito e passo à sua leitura.

Trata-se de reexame necessário de mandado de segurança impetrado por *Alaeste Rodrigues de*

Araújo e outro contra ato do Comandante da 10ª Região da Polícia Militar Rodoviária, que impede os impetrantes, na qualidade de taxistas, de efetuar suas lotações fora do município de origem, sob ameaças, perseguições e multas de seus veículos.

O MM. Juiz concedeu a segurança definitiva-mente pela r. sentença de fls. 59/66, entendendo que o ato do impetrado fere direito líquido e certo dos impetrantes, impedindo o livre exercício da profissão.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 110/114, manifesta-se pela confirmação da r. decisão.

Conheço da remessa oficial.

Este Relator há muito já se posicionou sobre a matéria, conforme pode se verificar do julgamento das Apelações Cíveis nºs. 110.896-8; 111.508-8; 112.889-1; 112.891-7 e 113.687-8, todas julgadas em 15 de setembro de 1998.

Do voto proferido por este Relator naquela ocasião se extrai o seguinte:

O impetrante está devidamente licenciado a exercer a profissão de taxista em seu município, realizando viagens para cidades vizinhas conforme as necessidades de seus clientes, não caracterizando tal fato aliciamento ou recrutamento de passageiros.

A eventual procura por veículo-táxi para realização de viagens é fato comum entre as pessoas, principalmente quando o cliente do taxista tem horário a cumprir.

Por outro lado, o taxista deve ter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo regularizado e estar munido da licença de seu município para o transporte remunerado de passageiros.

Como não há legislação específica proibindo os taxistas de efetuar o transporte intermunicipal de passageiros, o brilhante Parecer nº 28 do Detran/MG, datado de 02 de junho de 1997, traz a solução adequada à controvérsia:

Ementa: Apreensão de veículo-táxi, transportando passageiros entre municípios, bem como da Carteira Nacional de Habilitação. Inteligência dos artigos 89 do CNT, inciso XXIX, e 181, XXIX, do RCNT. Aqueles artigos têm a seguinte redação: 'É proibido a todo condutor de veículo: (...) Efetuar o transporte remunerado, quando o veículo não for devidamente licenciado para esse fim, salvo em caso de força maior e com permissão da autoridade competente; Penalidade: Grupo I, a apreensão do veículo e da Carteira de Habilitação'. Frequentemente chegam ao nosso conhecimento

reclamações de empresas delegatárias de transporte intermunicipal de passageiros contra taxistas que fazem o transporte individual de passageiros entre diversos municípios. Alguns Delegados de Trânsito aplicam a Circular Conjunta nº 3.439/74, publicada no *Minas Gerais*, de 12 de fevereiro de 1974, que trata da apreensão do veículo, no caso de transporte coletivo de passageiros, não dispondo sobre a aplicação das penalidades multa e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação, sendo, portanto, repetição incompleta dos artigos do Código e do Regulamento. O táxi está devidamente licenciado para efetuar transporte remunerado em seu município de concessão e entre este e outros municípios, desde que porte o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo regularizado. Ninguém pode afirmar, sempre, que todo táxi que transporta passageiros de seu município para outro esteja formando lotação ou efetuando o transporte coletivo ou individual de passageiros. A partir dos dispositivos citados, surge a questão de se definirem o que são transporte coletivo ou individual de passageiros. Não há, no Brasil, doutrina e ou jurisprudência sobre vários temas de trânsito. Por isto é necessário fazê-las. Expressa o Regulamento do Código, tratando de competências: 'Art. 36. Compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios especialmente: (...) II - Conceder, autorizar ou permitir a exploração de serviços de transporte coletivo para as linhas intermunicipais, desde que não transponham os limites do respectivo território. Art. 37. Compete aos Municípios, especialmente: (...) III - Regularizar o serviço de automóvel de aluguel (táxi)'. No artigo 36, o Regulamento limita a concessão, a autorização ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo quanto ao território da Unidade da Federação. O art. 37 não delimita a circulação de táxi apenas no território do Município. Automóvel não se destina a transporte coletivo, mas individual. Individual, no contexto, significa que o(s) passageiro(s) deseja(m) ir de automóvel podendo, mesmo, até escolher o automóvel e o motorista. Automóvel, na conceituação do RCNT é veículo com capacidade para até 08 (oito) passageiros e, portanto, não pode efetuar transporte coletivo. O automóvel-táxi tem pontos estabelecidos pela Prefeitura e pode embarcar e desembarcar passageiros onde estes solicitarem, ou seja, em qualquer local não proibido, ao contrário do ônibus (transporte coletivo), que somente pode fazê-lo em locais determinados. Os táxis não têm horários determinados, ao contrário dos ônibus. O ônibus é destinado ao transporte coletivo, pois tem capacidade

para mais de 20 (vinte) passageiros, conforme define o anexo I do Regulamento. Em inúmeros municípios brasileiros há incontáveis táxis que transportam passageiros além das fronteiras de seus municípios, sem que isto constitua infração de trânsito, desde que seus motoristas não angariem, aliciem ou recrutem passageiros. Pelo exposto, todos sabemos, não sendo infração de trânsito, não se aplica a penalidade de apreensão da CNH.

Como se não bastasse, o Novo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) também não disciplina especificamente a matéria.

Assim, não se pode tentar impedir o taxista de exercer livremente a sua profissão e nem os passageiros de escolher o transporte que entenderem ser o adequado, somando-se que o taxista deve ter a concessão de seu município e ter o veículo devidamente regularizado. Caso contrário, obrigar-se-ia os cidadãos a viajar de um município para outro, somente por meio de ônibus, carona, ou de seus próprios veículos. Hipótese absurda, pois não há qualquer aliciamento ou recrutamento feito pelos taxistas.

No caso dos autos, os impetrantes comprovaram que seus veículos estão devidamente licenciados como táxis pela Prefeitura Municipal de Buritis, conforme se verifica às fls. 12/13.

No mesmo sentido também já se pronunciou o em. Des. Sérgio Lellis Santiago na ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 118.092-6.

Com estas considerações e adotando os mesmos fundamentos, confirmo a r. sentença no duplo grau de jurisdição.

O Sr. Des. Nilson Reis - Acompanhamento integralmente o voto proferido pelo eminente Relator.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Também ouvi com atenção a sustentação oral produzida pelo ilustre advogado, Dr. Aristóteles Atheniense, a quem rogo especial vênua para, também, acompanhar o eminente Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

- A decisão de se fechar uma escola é inadequada quando faltam escolas para a demanda existente. Assim, há que ser mantida a liminar concedida em ação cautelar promovida contra o Estado, para que este proceda à inclusão no cadastramento e geoprocessamento escolar de escola estadual fechada sob o argumento de redução da demanda de alunos, pois tal fechamento contraria normas constitucionais que determinam a disposição de ensino público e gratuito ao lado de ações visando à proteção integral de nossas crianças e adolescentes, que se veriam obrigados a se locomover por longas distâncias nos aglomerados pobres brasileiros, desprovidos de vias pavimentadas, de tratamento sanitário e, principalmente, de segurança.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 318.621-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Encerramento de atividades escolares - Não-inserção no cadastramento e geoprocessamento escolar - Prejuízo inestimável à comunidade - Impossibilidade. - A atitude do Estado de Minas Gerais com o encerramento de atividades escolares, não inserindo o educandário no cadastro e geoprocessamento escolar, contraria normas constitucionais que determinam a disposição de ensino público e gratuito, ao lado de ações visando à proteção integral de nossas crianças e adolescentes. Os transtornos aos infantes são graves, valendo lembrar o quão penoso e perigoso é locomover-se por longas distâncias nos aglomerados pobres brasileiros, excluídos de vias pavimentadas, de tratamento sanitário e, principalmente, de segurança.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - Orlando Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade, e, dele conhecendo, verifico que a hipótese é mesmo de se negar provimento ao recurso, medida, aliás, que se mostrou clara quando do juízo de retratação. O caso dos autos é o seguinte:

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Procurador de Justiça Coordenador do Centro de Aperfeiçoamento Operacional da Infância e Juventude de Minas Gerais e Promotores que atuam junto à Vara da Infância e Juventude, ajuizou ação cautelar inominada com pedido de liminar e preceito cominatório de obrigação de fazer contra o Estado de Minas Gerais, em face de sua Secretaria

Estadual de Educação, objetivando compelir o Estado de Minas Gerais, através daquele Órgão, a incluir no cadastramento e geoprocessamento escolar a Escola Estadual Presidente João Pessoa, bem como a efetivação das matrículas dos interessados na referida escola.

A liminar foi deferida nos termos do pedido formulado pelo Ministério Público, cuja cópia foi juntada às fls. 28/36. Em síntese, o ilustre Magistrado determinou que o Estado de Minas Gerais procedesse, através de sua Secretaria de Estado da Educação, em 5 (cinco) dias: à inclusão no cadastramento e geoprocessamento escolar da Escola Estadual Presidente João Pessoa; abertura de matrícula escolar na própria escola mencionada, ainda no corrente ano, com ampla divulgação a ser implementada pela Secretaria competente; cominação de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento das determinações referidas.

Desta decisão concessiva da liminar agravou o Estado de Minas Gerais, pedindo que se conceda efeito suspensivo. Em sua minuta de fls. 02/11, alega a impossibilidade jurídica do pedido, discutindo acerca do interesse difuso e coletivo. Para o Estado agravante, não há possibilidade de o Órgão Ministerial manejar tal ação.

Alegou, ainda, que a propositura da ação e o deferimento da liminar requerida caracterizam interferência indevida do Ministério Público e do Poder Judiciário nos atos tipicamente políticos e, em consequência, afronta a tripartição das funções do Estado.

Trouxe algumas informações sobre a manutenção ou extinção de estabelecimentos de ensino, dizendo que se situam no campo da discricionariedade administrativa.

Ressaltou que a reduzida demanda de alunos para a referida escola onera financeiramente o Estado, que se vê premido pela necessidade legal de otimizar recursos e priorizar investimentos, através da redução de gastos públicos que pode ser alcançada

ESCOLA ESTADUAL - FECHAMENTO POR REDUÇÃO DA DEMANDA DE ALUNOS - NÃO-INserÇÃO NO CADASTRAMENTO E GEOPROCESSAMENTO ESCOLAR - AFONTA A NORMAS CONSTITUCIONAIS - PREJUÍZO À COMUNIDADE - IMPOSSIBILIDADE

com o aproveitamento de parte da escola para abrigar instalações de um braço administrativo da SEE, etc.

Em despacho de fls. 48/51, concedeu-se efeito suspensivo ao recurso e, como consequência, a liminar concedida na instância monocrática, compelindo o Estado de Minas Gerais, nos termos da inicial, a incluir no cadastramento e geoprocessamento escolar a Escola Estadual Presidente João Pessoa, bem como a efetivação das matrículas dos interessados na referida escola deixava de surtir seus efeitos até o julgamento final do presente agravo de instrumento.

Ao longo do tramitar deste feito, observou-se que a lesão de difícil ou impossível reparação, traduzida no *periculum in mora*, assentava-se no fato de não prevalecer a liminar deferida nos autos da ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público.

Com efeito, obstar o pedido inicial, agilizado pela liminar concedida na instância monocrática, seria a verdadeira lesão, porque os alunos já teriam sido remanejados da Escola Estadual Presidente João Pessoa e possivelmente o ano escolar se teria iniciado, isso sem elencar os inúmeros prejuízos daí advindos com a inobservância da inclusão de referida instituição de ensino no cadastramento e geoprocessamento escolar, como anotou o Órgão Ministerial.

À vista disso, em sede de juízo de retratação, negou-se o efeito suspensivo ali concedido, revalidando a liminar deferida em primeiro grau. Entendo ser a medida mais justa. Não se trata de verificar a questão de fundo, mas tão-somente a liminar concedida em primeiro grau.

O ano letivo já teve seu início, e as providências foram cumpridas a tempo e modo, como determinadas. Os prejuízos que poderiam advir aos alu-

nos do educandário foram ressaltados quando do exercício do juízo de retratação, fazendo cumprir a determinação monocrática guerreada.

Entendo como o Órgão Ministerial de primeiro grau ao expressar que

a conveniência de se fechar uma escola é sempre inadequada, principalmente quando faltam escolas para a demanda existente. Além do mais, a suposta falta de alunos na Escola Presidente João Pessoa decorre de sua anterior exclusão do cadastramento e geoprocessamento escolares.

Ao fim, esclareça-se, como bem viu o ilustre Procurador de Justiça, que a atitude do Estado de Minas Gerais contraria normas constitucionais que determinam a disposição de ensino público e gratuito, ao lado de ações visando à proteção integral de nossas crianças e adolescentes. Os transtornos aos infantes são graves, valendo lembrar o quão penoso e perigoso é locomover-se por longas distâncias nos aglomerados pobres brasileiros, excluídos de vias pavimentadas, de tratamento sanitário e, principalmente, de segurança.

Pelo exposto, com a mesmas razões nas quais se embasou o indeferimento do efeito suspensivo pleiteado, acrescendo os lúcidos pareceres ministeriais de primeiro e segundo graus, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

LEI MUNICIPAL - SUPERMERCADO - FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO INCISO I DO ART. 30 DA CF/88 - FUNCIONAMENTO EM HORÁRIO NÃO PERMITIDO - INFRAÇÃO DA LEI - AGENTES DA FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL - NOTIFICAÇÃO E AUTUAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

- Nos termos do inciso I do art. 30 da Constituição Federal, compete ao município legislar sobre matéria de interesse local. Assim, se o município, por intermédio de lei, vedou o funcionamento de supermercados após as 13h de domingo, correta será a diligência dos agentes da fiscalização municipal que notificar e autuar os infratores, devendo ser denegada a segurança por eles impetrada para impugnar o ato do fiscal, ante a ausência de direito líquido e certo dos mesmos de não serem notificados e autuados por infração da lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.424-1/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Supermercado - Horário de funcionamento. - Competindo ao Município "legislar sobre assuntos de interesse local" (CF, art. 30, I) e havendo legislação municipal que não permite o funcionamento de supermercados após as 13 horas de domingo, não se lhes reconhece o direito líquido e certo que se arrogam de não serem notificados e autuados por infração da lei municipal.

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, 18 de fevereiro de 2003. - Francisco Lopes de Albuquerque - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se a apelante contra a sentença que denegou a segurança que impetrara contra atos de agentes da fiscalização municipal, que a tinham notificado e autuado, por estar funcionando aos domingos em horário além do permitido pelas posturas municipais.

Argui preliminar de nulidade da sentença, uma vez que o douto Juiz sentenciante não teria apreciado os principais fundamentos da inicial, mesmo no julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela recorrente.

Quanto ao mérito, insiste na afirmação de que, operando no ramo de supermercados, está autorizada a funcionar aos domingos, por força da Lei Federal nº 605/49 e do Decreto nº 24.048/49, que a regulamentou, pois muitos dos artigos que vende em seus estabelecimentos estão mencionados na relação anexa ao referido decreto.

Por outro lado, acrescenta, se existe lei federal regulando a matéria, falece competência ao Município para legislar sobre o mesmo assunto.

Ressalta, a seguir, que atendeu às exigências trabalhistas, celebrando, perante a Justiça do Trabalho, um acordo com o sindicato dos comerciantes locais, por via do qual garantiu a seus empregados o exercício de todos os direitos decorrentes do trabalho aos domingos.

Citando farta jurisprudência, conclui sua manifestação de inconformismo pedindo a cassação da sentença, para que sejam apreciadas, em nova decisão, todas as suas alegações.

Admitindo, porém, a possibilidade da rejeição da preliminar de nulidade da sentença, manifesta a pretensão de vê-la reformada, com a decretação da ordem impetrada.

O Município de Governador Valadares, assumindo o pólo passivo da relação processual, diz que toda a matéria está regulada pela Lei Municipal nº 3.665, de 30.12.92, na qual está previsto que o funcionamento dos supermercados, aos domingos, é permitido das 8 às 13 horas, desde que haja autorização expressa da autoridade municipal e acordo prévio entre patrões e empregados.

Como o Município tem competência constitucional para "legislar sobre assuntos de interesse local" (art. 30, inciso I, da CF), não há direito líquido e certo da apelante a ser amparado, pelo que ao recurso se há de negar provimento.

O presente recurso merece conhecimento.

Sustenta a apelante que a sentença de fls. 53/55 é omissa e que o julgamento de seus embargos declaratórios não teve o condão de suprir as omissões nela apontadas, pelo que se impõe a sua anulação.

A arguição de nulidade do *decisum*, entretanto, não procede, porque todos os argumentos invocados pela impetrante, em sua petição inicial, foram devidamente apreciados e repelidos pelo atento Julgador. A apelante é que não viu, ou fingiu não ter visto, a concisa, porém precisa, fundamentação da sentença, tornada mais explícita e objetiva no julgamento dos embargos declaratórios (fls. 59/60).

Assim é que a invocação da Lei 605/49 e do decreto que a regulamentou foi considerada irrelevante para o julgamento do mérito da ação mandamental, e o foi sob o fundamento de que aqueles dispositivos se destinam a garantir o direito dos empregados ao repouso remunerado, não o funcionamento do comércio ou o exercício de outras atividades de peculiar interesse da Administração municipal.

Quanto à competência legislativa do Município, relativamente aos assuntos de interesse local, ressaltou a r. sentença que está ela prevista no art. 30, I, da CF, sendo este, aliás, o fundamento principal da denegação da segurança, pois, existindo legislação municipal específica que regula o funcionamento do comércio aos domingos, esta legislação deve ser cumprida, e os agentes da fiscalização municipal devem diligenciar neste sentido, inclusive notificando e autuando os infratores.

Observe-se que a própria Lei 10.101, de 19.12.2000, cujo art. 6º autoriza expressamente "o trabalho aos domingos, no comércio varejista", introduz a ressalva: "observado o art. 30, inciso I, da Constituição".

Em última análise, o que pretendeu e pretende a apelante é não se sujeitar à Lei Municipal 3.665/92 e funcionar quando bem entender, mesmo além dos horários estabelecidos na legislação do Município, que tem competência para reger o assunto.

Como não há direito líquido e certo contra disposição expressa de lei, ao ilustrado Juiz sentenciante só restava denegar a segurança impetrada.

PORTARIA - JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - BAILES OU EVENTOS COM MÚSICAS FUNK - PROIBIÇÃO DE ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES DE 18 ANOS - CENSURA DE NATUREZA ARTÍSTICA - OFENSA AOS ARTS. 5º, CAPUT E INCISO IX, E 220, CAPUT E §§ 2º E 3º, INCISO I, DA CF/88 - PORTARIA INCONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - NORMA DE EFEITO CONCRETO E REITERADO - DECADÊNCIA - INEXISTÊNCIA - CONCESSÃO DA ORDEM

- Em se tratando de norma de efeito concreto e reiterado, não se caracteriza a decadência do direito à impetração do mandado de segurança.

- Deve ser concedida a segurança para revogar portaria editada por Juizado da Infância e da Juventude que proíbe a entrada, permanência ou frequência de menores de 18 anos em bailes ou eventos que veiculam músicas *funk*, por resultar censura de natureza artística, vedada por normas constitucionais e cuja regulamentação é da competência exclusiva de lei federal, na forma dos arts. 5º, caput e inciso IX, e 220, §§ 2º e 3º, I, da Constituição Federal/88.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 296.741-2/00 - Comarca de Matias Barbosa - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Expressão artística exercitada em associação ou clube de diversão popular - Execução de músicas ditas *funk* - Censura local constitucionalmente vedada - Regulamentação exclusiva por lei federal: CF, Artigos 5º, IX, e 220, §§ 2º e 3º, I. - Inconstitucional resulta portaria editada por Juizado da Infância e da Juventude proibindo a entrada, permanência ou frequência de menores de 18 anos em bailes ou eventos musicais, com músicas *funk*, por resultar censura de natureza artística, vedada por normas constitucionais e cuja regulamentação é da competência exclusiva de lei federal, na forma da CF, artigos 5º, caput e inciso IX, e 220, caput e parágrafos 2º e 3º, I.

Acórdão

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

Pelo exposto, rejeitando a preliminar de nulidade da sentença, confirmo-a quanto ao mérito, negando provimento ao apelo.

Custas, pela impetrante.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2003. - Orlando Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Associação Atlética Matense, de Matias Barbosa/MG, arguindo ofensa a direito líquido e certo ao exercício da liberdade artística, bem como às garantias e normas constitucionais, pela Portaria nº 271/2002, incisos II e IV, de 17 de abril de 2002, do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Matias Barbosa, dispondo:

II - Proibir, nos bailes *funk* e nos bailes ou eventos musicais, com músicas *funk*, a entrada, permanência

ou frequência de menores de 18 (dezoito) anos de idade, cujas músicas, letras e ritmos, eróticos e violentos, vêm denegrindo a formação da criança e do adolescente, como reiteradamente noticia a imprensa falada e escrita.

O digno Magistrado apresentou as informações às fls. 55/59, consignando a decadência do direito à impetração ante o transcurso de prazo superior a cento e vinte dias. Afirma, ainda, a legalidade do ato hostilizado, por buscar preservar os interesses contidos na Lei do Menor.

Efetivamente, consoante anotado pelo preclaro Procurador de Justiça, Dr. Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, com quem me ponho inteiramente acorde, *verbis*:

Conquanto imantada de relevante conteúdo tendente à proteção da integridade moral da juventude matense, a verberada portaria encerra abusividade conjurável na via mandamental, *data venia*.

Com efeito:

1. A decadência do direito à impetração não se caracteriza, tratando-se de norma de efeito concreto e reiterado, ostentando a impetração

nitida característica preventiva, na medida em que a Associação impetrante objetiva conjurar o justo receio da incidência da restrição oposta à realização de eventos musicais, máxime porque o inciso IV da Portaria nº 271/2002 condiciona a expedição de alvará autorizativo à antecedente adequação do evento às disposições ali contidas. No contexto, não há falar na decadência do direito à tutela de garantia.

Afasta-se, pois, a prejudicial.

2. Meritoriamente, ainda consoante o parecerista, douto Procurador de Justiça, *ipsis litteris*:

A seu turno, a providência judicial incorpora cerceamento à liberdade de expressão artística, onde a autoridade coatora exerce atividade subjetiva censória de ritmos musicais reputados nocivos ao recato juvenil ante a suposta insinuação erótica ou de incitamento à violência.

Entretanto, semelhante juízo crítico afronta garantias constitucionais e invade a seara exclusiva da legislação federal para o regulamento etário das diversões e espetáculos públicos (art. 220, §§ 2º e 3º, I, da CF).

Sobre o tema preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA que:

A liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção) provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. O grande Pimenta Bueno já dizia no século passado que "a liberdade não é pois exceção, é sim regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo: a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se pronunciadas pela lei, e não pelo modo duvidoso, mas sim formal, positivo: tudo o mais é sofisma. Em dúvida prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbitrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facere licet, nisi quid-jure prohibet* (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 1999, 16ª ed., p. 239).

Evidente resta macular a referida Portaria nº 271/2002 os ditames contidos na CF/88, em seu artigo 5º, inciso IX, *verbis*:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

E o art. 220 dispõe:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Assim, *venia rogata*, concedo a ordem mandamental rogada, confirmando a liminar, para revogar a Portaria nº 271/2002, do Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Matias Barbosa.

O Srs. Desembargadores Francisco Lopes de Albuquerque, Eduardo Andrade, Geraldo Augusto e Lamberto Sant'Anna (convocado) - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - INUNDAÇÃO DE RESIDÊNCIA DECORRENTE DO ENTUPIMENTO DE BUEIRO - MENOR - FALECIMENTO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS

- Para configuração do dever de indenizar do Estado, basta a prova do dano e do nexo de causalidade em relação à atuação do agente público. Assim, se houve omissão do Município, que teve ciência do entupimento de bueiro e não agiu a tempo, cabível será a sua responsabilidade pela indenização de eventuais danos materiais e morais causados a terceiros em decorrência de referido entupimento.

- Para fixação do valor relativo à indenização por dano moral, devem-se levar em conta os aspectos circunstanciais da espécie e o grau de sofrimento experimentado pela vítima ou seus parentes e, para fixação do relativo ao dano material, sob a forma de pensionamento mensal, considerar-se-á a realidade socioeconômica da família da vítima, devendo esta indenização estender-se da data do óbito até aquela em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade, que é a expectativa média de vida dos brasileiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 282.278-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALUIZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Administrativo - Responsabilidade civil do município - Inundação de residência decorrente de entupimento da rede de esgoto - Morte de menor - Danos morais e materiais - Configuração - Denúncia procedente. Sentença condenatória confirmada.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - Aluizio Quintão - Relator.

Notas taquigráficas

Assisti ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Ronan Batista Parreiras.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - Trata-se de ação de indenização ajuizada por José Maria Soares contra o Município de Contagem pleiteando a reparação de danos morais e materiais resultantes de acidente causado pelas águas de chuva, com desabamento de um muro e inundação da sua casa, fato dado como relacionado com o entupimento da rede de esgotos e águas pluviais, causando-lhe sérios prejuízos com a perda de seus bens, além do trágico falecimento de sua filha Elídia Aparecida Soares.

Em julgamento anterior (Apelação nº 190.266-7) foi cassada a primeira sentença, conforme acórdão de 05.10.00 (fls. 129/133-TJ), por ter sido *citra petita*.

Posteriormente, a sentença julgou procedente o duplo pedido e condenou o Município de Contagem a indenizar o autor, pelos danos sofridos, com o pagamento, a título de pensão mensal, da quantia correspondente a 1 (um) salário mínimo, a partir da data do evento (12.12.92), até quando a filha completasse 25 anos e, daí em diante, reduzida a pensão para 1/2 (meio) salário mínimo, perdurando até a data em que a falecida completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade; bem como o pagamento, a título de indenização por danos materiais, do valor dos bens danificados, acrescido de juros moratórios e correção monetária e, a título de indenização por dano moral, a importância equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos (fls. 139/145-TJ).

Foi também acolhido o pedido do Município de denúncia à lide da Cia. Urbanizadora de Contagem, que foi obrigada a ressarcir os cofres públicos pelo valor da indenização.

À margem do reexame necessário, apelou regularmente a Cuco-Cia. Urbanizadora de Contagem, contra sua condenação, além de pedir a redução do valor da indenização por danos morais e a fixação do pensionamento mensal somente até quando a vítima completasse 25 anos (fls. 149/155-TJ).

Houve resposta (fls. 158/164-TJ), tendo o apelado requerido a reforma da sentença, com a fixação da indenização por danos morais em 450 (quatrocentos e cinquenta) salários mínimos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela confirmação da sentença (fls. 175/178-TJ).

Merece subsistir a sentença, que deu solução adequada à espécie, cuidando de precisar os limites da responsabilidade do réu em relação ao evento danoso e à sua vinculação com as condutas ou omissões.

É que, de acordo com a doutrina, para a configuração do dever de indenizar do Estado, bastante é a prova do dano e do nexo de sua causalidade em relação à atuação do agente público.

No caso dos autos, houve omissão do município, porque teve ciência do entupimento do bueiro situado na rua próxima à residência do autor e não agiu a tempo de evitar a tragédia que ocorreu na madrugada do dia 12.12.92 (fls.).

Conforme destacou, pois, a sentença, "ficou patente o descaso com que o réu tratou o assunto, sendo que essa sua negligência deu causa ao evento lesivo" (fls.).

A propósito, observa YUSSEF SAID CAHALI:

Falta do serviço ou omissão administrativa - Nesta linha, a responsabilidade civil da Administração tem sido preconizada no pressuposto da existência de uma falta do serviço ou omissão administrativa na realização de obras necessárias que poderiam prevenir, evitar ou atenuar os efeitos danosos das enchentes ou transbordamentos de rios, córregos, represas ou de galerias de águas pluviais, ainda que verificadas precipitações pluviométricas volumosas e continuas (cf. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., Malheiros Editores, p. 467).

Colhe-se, na jurisprudência, também:

Responde a Municipalidade por danos causados em residência por deficiente escoamento de águas pluviais, agravados por depósito de terra deixado pela Prefeitura, concorrendo para o entupimento. Demonstrado que o serviço público funciona mal, em que as galerias pluviais e os bueiros das proximidades da casa do autor não deram vazão às águas da forte tempestade que desabou sobre a cidade, o ressarcimento dos danos encontra plena justificativa (3ª Câm. Cível do TJSP, *RJTJSP*, 47/125).

Assim, a consequência é o direito à indenização que, sem dúvida, diz respeito tanto ao dano material, quanto ao dano moral (art. 5º, V e X, da CF), competindo ao juiz na segunda hipótese fazer a fixação do valor, levando em conta os aspectos circunstanciais da espécie e o grau de sofrimento experimentado pela vítima ou seus parentes.

No caso concreto, a reparação do dano material ficou adequada, porquanto correspondente ao valor dos bens perdidos com a inundação da casa, acrescidos de juros e correção monetária.

O valor fixado na sentença para o dano material, sob a forma de pensionamento mensal do autor pelo município, também está consentâneo com a realidade socioeconômica da família da vítima, razão pela qual deve ser mantido.

No tocante, porém, à duração da obrigação indenizatória, pleiteia a apelante seja ela paga "somente até a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos de idade" (fls. 155-TJ).

A propósito, tenho mantido o entendimento de que, em tais casos, deve a pensão ser devida desde a data do óbito até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, que é a expectativa média de vida dos brasileiros, na atualidade, segundo estimativa oficial.

Quanto à indenização por danos morais, o valor fixado ficou adequado, tendo em vista os aspectos circunstanciais e a satisfação simbólica dos ofendidos, dada a real impossibilidade de compensar-se pecuniariamente a dor sofrida pelos pais diante da morte prematura da filha.

Finalmente, quanto à denúncia à lide da empresa responsável pela limpeza urbana naquele município, corretíssima foi a conclusão da sentença:

... Constata-se que a ação regressiva também mereceu ser acolhida. Ao contrário de refutar os argumentos do réu, a denunciada, Companhia Urbanizadora de Contagem, responsável pela limpeza urbana, concordou com tudo o que ele disse, abarcando 'toda a argumentação da Municipalidade' (fls. 68), restando comprovada, às escâncaras, a sua desídia, não promovendo o desentupimento dos bueiros da rua próxima à casa do autor, o que possibilitou a invasão de sua residência pelas águas da chuva, ficando caracterizada a sua culpa por omissão (fls. 144-TJ).

Por fim, o pedido de reforma parcial da sentença, tal como formulado pelo apelado nas contra-razões, não tem cabimento, já que não recorreu, como podia.

Em tais termos, confirmo a sentença, em reexame necessário, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, de lei.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

JUIZ DE PAZ - AFASTAMENTO DO CARGO POR IMPLEMENTO DE IDADE - INADMISSIBILIDADE - CARGO ELETIVO - AFASTAMENTO SOMENTE APÓS NOVAS ELEIÇÕES A SEREM REALIZADAS SOB A ORIENTAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL

- O cargo de Juiz de Paz é eletivo, não lhe sendo aplicada a limitação septuagenária imposta aos servidores públicos, até mesmo por não ser assegurada aos titulares de tal cargo a aposentadoria especial. Assim, o Juiz de Paz não perde o cargo por implemento de idade, mas sim após a realização de novas eleições sob orientação da Justiça Eleitoral (art. 117, parágrafo único, da CE e art. 27 da Lei Estadual nº 13.454/00).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 264.641-2/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Juiz de paz - Afastamento do cargo por implemento de idade - Inadmissibilidade - Cargo eletivo - Afastamento somente após novas eleições a serem realizadas sob a orientação da Justiça Eleitoral. - Não perde o cargo o juiz de paz, por implemento de idade, mas sim após realização de novas eleições a serem realizadas sob a orientação da Justiça Eleitoral (CE, art. 117, parágrafo único, e Lei estadual nº 13.454/00, art. 27). Segurança concedida.

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 CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2002. - José Domingues Ferreira Esteves - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Atendendo à determinação constitucional, o legislador mineiro editou a Lei nº 13.454, de 12/01/2000, que regulamenta o dispositivo constitucional estadual retromencionado, onde, em seu art. 27, prescreve:

Até a posse dos titulares eleitos, serão mantidos os Juizes de Paz e seus suplentes em exercício na data de publicação desta lei, com as competências nela previstas e com a remuneração constante no seu Anexo.

Cuida-se de mandado de segurança, contendo pedido de liminar, impetrado por Valdemar Ferreira, contra ato da MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, na condição de Diretora do Foro daquela Comarca, através da Portaria nº 129/2001, determinou o afastamento do impetrante do cargo de Juiz de Paz, a partir de 02/01/2002, por ter ultrapassado os 70 (setenta) anos de idade.

Sustenta-se, em síntese, que os Juizes de Paz não são servidores públicos, não lhes sendo apli-

cável a regra constitucional do inciso II do art. 36, aposentadoria compulsória aos 70 anos. Que o acesso ao cargo se dá por eleição popular, pelo voto direto, universal e secreto (art. 98, II, CF), o que, segundo a Lei Complementar Estadual nº 59, de 18 de janeiro de 2001, deverá ocorrer simultaneamente às eleições municipais.

Assim, entende o impetrante estar caracterizado seu direito líquido e certo a "manter-se na delegação que lhe foi outorgada até a posse do novo Juiz de Paz a ser escolhido através da eleição a ser realizada em 2004"

O em. Des. Francisco Lopes Albuquerque, em plantão, deferiu a liminar, determinando a suspensão do ato impugnado, assegurando ao impetrante o direito de permanecer no cargo, até o julgamento da segurança impetrada - fls. 32/32-v.

Às fls. 70/73, a digna autoridade apontada coatora informa que o ato impugnado só foi efetivado após consulta à eg. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que orientou no sentido do afastamento do impetrante, com a nomeação de outra pessoa para o cargo. Que o mesmo foi nomeado através de portaria do Diretor do Foro, em 1994, em substituição do antigo Juiz de Paz, que deixou o cargo, também por implemento de idade. Comenta decisões deste eg. Tribunal de Justiça sobre a questão, nas quais buscou subsídios jurídicos para o ato impugnado.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Hermano da Costa Val Filho, opina pela concessão da segurança.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 98, II, que:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para,

(...)

A letra c do inciso VI do § 3º do art. 14 da Carta Magna, estabelece, como condição de elegibilidade para o cargo de Juiz de Paz, ser o candidato de nacionalidade brasileira; estar em pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; ter domicílio eleitoral na circunscrição para a qual se candidatar, filiação partidária e ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos.

A Constituição Estadual, em seu art. 117, estabelece que:

A lei disporá sobre a Justiça de Paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos...

Parágrafo Único. A eleição do Juiz de Paz, observada o sistema majoritário e a coincidência com as eleições municipais, será disciplinada na lei.

Atendendo à determinação constitucional, o legislador mineiro editou a Lei nº 13.454, de 12/01/2000, que regulamenta o dispositivo constitucional estadual retromencionado, onde, em seu art. 27, prescreve:

Até a posse dos titulares eleitos, serão mantidos os Juizes de Paz e seus suplentes em exercício na data de publicação desta lei, com as competências nela previstas e com a remuneração constante no seu Anexo.

Se alguma dúvida havia quanto à situação dos Juizes de Paz nomeados após 05/10/1988, aludido dispositivo legal, em Minas Gerais, resolveu a questão.

E outra não poderia ser a solução, visto que o cargo é eletivo, com limitação de idade para seu ingresso, não lhe sendo aplicada a limitação septuagenária imposta aos servidores públicos, até mesmo por não ser assegurada aposentadoria especial aos Juizes de Paz.

Aliás, a matéria já havia sido dirimida no julgamento do Mandado de Segurança nº 096.903-0, em que foi Relator o em. Des. Abreu Leite, julgado em 03/03/1998, que mereceu a seguinte ementa:

Juiz de Paz. Afastamento por implemento de idade. Inaplicabilidade. - Não se estende ao Juiz de Paz a norma que impõe aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade para o servidor público.

Com esses fundamentos, concedo a segurança requerida, confirmando a liminar deferida, para manter o impetrante no cargo de Juiz de Paz, até que sejam empossados os novos titulares a serem eleitos na forma da lei.

Custas, ex lege.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Também

entendo que o cargo de Juiz de Paz não é cargo de servidor público, única categoria que está incluída no limite constitucional de idade para o exercício da função. O cargo de Juiz de Paz, hoje, é cargo eletivo; e, para os cargos eletivos, o que existe é idade mínima, não idade máxima de atuação.

Por isso, também concedo a segurança nos termos em que o fez o Des. Relator.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Do exame atento dos autos, verifica-se que a MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível e Diretora do Foro da Comarca de Uberlândia, após consulta à egrégia Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, determinou o afastamento do impetrante do cargo de Juiz de Paz, por ter ultrapassado os 70 (setenta) anos de idade, o que motivou a presente segurança.

É cediço que o mandado de segurança é criação brasileira destinada à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado, ou sob ameaça de lesão por ato ou omissão de autoridade pública ou de agente no exercício de atribuições do Poder Público.

Neste sentido, inteliço com as razões invocadas pelo eminente Relator, tendo em vista que os Juizes de Paz são eleitos para os respectivos cargos, consoante o art. 98, II, da Constituição Federal e art. 117 da Constituição Estadual.

A par de tais disposições constitucionais, editou-se a Lei nº 13.454, de 12 de janeiro de 2000, que garante a permanência do impetrante no cargo de Juiz de Paz, até as novas eleições municipais, quando serão empossados os titulares eleitos na forma do art. 98, II, da CF/88.

Portanto, tem-se por demonstrada a ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, devendo ser concedida a segurança, em cumprimento aos dispositivos legais aqui mencionados.

Ante o exposto, acompanho o insigne Relator e, por consequência, concedo a segurança.

Custas, ex lege.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Concedo a segurança.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Concedo a segurança, nos exatos termos do voto do Relator.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEI Nº 8.429/92 - AUSÊNCIA DE DANO AOS COFRES PÚBLICOS - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

- Para que se verifique o ato de improbidade administrativa, não basta a simples ocorrência das diversas condutas elencadas nos incisos dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, sendo necessária também a verificação do dano, que se consubstancia na lesão ao erário. Assim, sem a existência do efetivo dano patrimonial aos cofres públicos, não se configura o ato de improbidade, não nascendo para o administrador o dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.674-4/00 - Comarca de Carmo da Mata - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. -
Emane Fidélis - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Emame Fidélis - Segunda apelação:

Por conter questão prejudicial, analiso primeiramente a segunda apelação.

Preliminar de nulidade:

Verifica-se que a única verba indenizatória que o autor, ora apelado, requereu na inicial foi a referente às horas de trabalho dos servidores públicos em residências particulares (item "III d" do pedido, fls. 15).

O zeloso Juiz sentenciante, no entanto, deu provimento completamente diverso, condenando o 2º apelante a indenizar o erário municipal por contratações irregulares de servidores, o que não foi objeto do pleito inicial, e que caracteriza, como bem arguiu o 2º apelante, nulidade parcial da decisão, por provimento *extra petit*.

Por estas razões, acolho a preliminar, declarando a nulidade da r. sentença recorrida, na parte em que suspende os direitos políticos do 2º apelante e o condena a indenizar o Município de Carmo da Mata pelas indigitadas contratações irregulares.

Primeira apelação:

Segundo a Lei nº 8.429/92, para que se verifique o ato de improbidade administrativa, não basta a

simples ocorrência das diversas condutas elencadas nos incisos dos artigos 9º e 10 do supra-referido diploma, sendo necessária, também, a verificação do dano, que se consubstancia na lesão ao erário. Portanto, sem a existência do efetivo dano patrimonial aos cofres públicos, não se configura o ato de improbidade, não nascendo para o administrador o dever de indenizar.

No caso dos autos, estou de acordo com o digno Juiz de primeiro grau quando S. Ex.ª conclui que faltou a necessária prova do dano aos cofres públicos que justificasse o pedido de indenização.

Com efeito, não se desincumbiu o 1º apelante do ônus de provar que a utilização de pedreiros e serventes, dos quadros da prefeitura, para a realização de pequenas obras em casas de particulares, tenha causado prejuízo ao erário. Não foi demonstrado que estes profissionais foram deslocados de qualquer obra pública, ou mesmo que os serviços prestados em residências de particulares tenham comprometido o bom andamento dos trabalhos públicos.

Aliás, *data venia*, sequer ficou demonstrado que os serviços prestados para os particulares eram custeados pelos cofres públicos, tendo o apelado afirmado que fazia o pagamento às suas próprias expensas, ou de terceiros, como no caso dos motoristas e mecânicos contratados para prestar serviços para a prefeitura, que confirmaram, nos depoimentos de fls. 310/317, que recebiam seus pagamentos diretamente do Prefeito Municipal, não tendo o apelante produzido qualquer prova em contrário.

O que se verifica é que estes profissionais, a par do serviço de interesse da coletividade, como poda de árvores, construção e reparos de meio fio e de mata-burros nas vias públicas, transporte de pessoas para a realização de consultas médicas em outras localidades, e outros serviços gerais, eram designados para a realização de pequenas obras particulares que, sem causar qualquer prejuízo ao Tesouro municipal, acabavam por funcionar como forma costumeira de serviço social.

Com a devida vênia, o dano não se presume e, à míngua de qualquer prova de sua existência, impossível reconhecer o cometimento de qualquer ato de improbidade por parte do apelado, pelo que nego provimento à primeira apelação.

Sem condenação em custas e honorários, na forma do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

É o meu voto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR ARGÜIDA NA SEGUNDA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO.

PENSÃO - MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA - MARIDO - EXIGÊNCIA DE INVALIDEZ - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - AFRONTA - VIÚVO - NOVO MATRIMÔNIO - PERDA DA PENSÃO - § 7º DO ART. 40 DA CF/88 - AUTO-APLICAÇÃO - OBSERVÂNCIA AO § 5º DO ART. 195 DA CR/88 - INEXIGIBILIDADE

- A condição de inválido para que o marido receba pensão por morte de sua esposa, consignada no inciso I do art. 7º da Lei Estadual 9.380/86, fere o princípio da igualdade, vez que tal condição não é imposta à esposa.

- O fato de o viúvo contrair novo matrimônio implica a perda de seu direito à pensão deixada por morte de sua esposa.

- O § 7º do art. 40 da CF/88 é auto-aplicável, devendo a pensão por morte de servidor público corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos que ele recebia; esse dispositivo não se subordina às disposições do § 5º do art. 195 da CR/88 por se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.452-5/00 - Comarca de Manhuaçu - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Servidora pública - Falecimento - Pensão concedida somente aos filhos menores - Não-concessão a marido que contraiu novo matrimônio. - É devida a concessão de pensão por morte de servidora pública ao marido que, na época de sua morte, não continha o requisito de invalidez o qual a lei determinava para a concessão de pensão, diante do princípio da igualdade. Porém, tendo o marido contraído novo matrimônio, o mesmo perde seu direito de pleitear a referida pensão.

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, 20 de fevereiro de 2003. -
Maria Elza - Relatora.

Notas taquigráficas

A Srª Desª. Maria Elza - Versam os autos sobre ação de pedido de regularização de titularida-

de de pensão c/c pedido de atualização de valores e conseqüente pagamento, com tutela antecipada ajuizada por Octacílio Ferreira da Silva em face do Ipsemg-Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais. A sentença de fls. 101/103-TJ julgou improcedente o pedido feito na exordial condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, o autor apela para este Tribunal às fls. 108/125-TJ. Alega que a lei ordinária vigente à época do falecimento de sua ex-esposa beneficiava os filhos e os maridos inválidos e que somente com o advento da Lei nº 13.455/2000 foi estendido o benefício aos maridos válidos. Aduz que a lei ordinária aplicada à época do falecimento de sua ex-esposa fere o art. 5º da Constituição do Brasil. Sustenta que o objetivo desta ação é a transferência da titularidade da pensão para o ora apelante, tendo como conseqüência a garantia de que seus filhos completarão seus estudos. Pede que seja reformada a sentença de fls. 101/103-TJ e que seja provida a pretensão pelas diferenças explicitadas na inicial, para evitar o enriquecimento ilícito do Instituto-apelado.

O apelado apresentou suas contra-razões às fls. 131/139-TJ. Alega que o apelante não demonstrou qualquer irregularidade de concessão do benefício no processo administrativo. Aduz que, na época do falecimento de sua ex-esposa, o apelante ainda trabalhava como funcionário público no INSS, não sendo, portanto, inválido. Sendo assim, pelo dispositivo do art. 7º da Lei nº 9.380/86, o autor/apelante não teria direito a tal benefício, sendo este direito somente concedido aos filhos do casal. Sustenta que o benefício só foi estendido aos maridos válidos pela Lei nº 13.455/2000. Como o fato gerador da pensão se deu antes do advento da referida lei, o apelante não teria direito aos pedidos formulados. Aduz, ainda, que os maridos válidos que tiveram suas esposas falecidas antes do advento da referida lei não podem ter tal benefício, pois se estaria criando um benefício sem a respectiva fonte de custeio, infringindo os dispositivos presentes na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Alega que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que para que haja a inclusão do marido como beneficiário de pensão da falecida esposa seria necessário uma lei específica para o acesso a esse direito. Sustenta que o autor/apelante é ilegítimo no que diz respeito ao pedido de revisão do benefício, visto que este não foi auferido ao ora apelante. Os que teriam legitimidade para questionar tal feito seriam os beneficiários da pensão. Aduz que, na hipótese de algum valor ser devido ao apelante, requer a declaração da prescrição quinquenal destes.

Em parecer de fls. 146/149-TJ, o representante da d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso, pelo fato de o apelante ter perdido seu direito à pensão ao contrair novo matrimônio.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de ação de pedido de regularização de titularidade de pensão c/c pedido de atualização de valores e consequente pagamento, com tutela antecipada, visando à inclusão do nome do apelante ao benefício de pensão de sua falecida esposa diante dos dispositivos da Lei nº 13.455/2000. Acontece que o benefício somente foi auferido aos seus filhos diante do disposto na Lei nº 9.380/86, sendo que este se extinguirá quando os filhos menores atingirem a idade de 21 (vinte e um) anos, o que já ocorreu com dois dos três filhos do casal. Pede que seja incluído seu nome na referida pensão para que esta não desapareça quando o último filho completar a maioridade.

O art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.380/86 dispõe que:

Art. 7º. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos.

Tal dispositivo é contrário ao art. 5º, inciso I, e art. 201, inciso V, da Constituição do Brasil, que determinam que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A Constituição do Brasil não impõe qualquer condição, como está preceituado na lei supracitada, para que o marido possa ter direito à pensão de sua ex-esposa. O dispositivo desta lei fere o princípio da igualdade, vez que impõe restrição de invalidez para que o marido tenha direito à aludida pensão, não impondo a mesma condição à esposa. Em relação a esta matéria, este é o entendimento deste Tribunal:

Ementa: Previdenciário - Pensão por morte - Marido de servidora - Valor da pensão por morte.

- Na hipótese de falecimento de servidora pública, o seu marido terá direito ao recebimento da pensão por morte, não podendo prosperar, por ser inconstitucional, a condição de que o marido beneficiário seja inválido, uma vez que essa condição não é imposta à esposa.

- O valor da pensão por morte deve, nos termos do art. 40, § 7º, da Constituição Federal de 1988, corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor falecido, possuindo essa norma aplicabilidade direta e imediata. O mencionado preceito, que não pode ser modificado por legislação infraconstitucional, não é incompatível com o art. 195, § 5º, do mesmo diploma legal (Apelação Cível nº 247.066-4 - Comarca de Cataguases - Rel. Des. Eduardo Andrade; pub. em 5.4.2002).

No mesmo sentido as Apelações Cíveis nºs 192.244-2, 234.451-3, 236.301-8, 238.748-8, 257.540-5 e 268.240-9.

O Instituto-réu alega que os dispositivos constitucionais invocados pelo apelante não podem ser aplicados, pois contrariam outra norma constitucional, a do art. 195, § 5º. Sustenta ainda que o artigo mencionado violou o disposto na Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal -, pois a ex-segurada não contribuiu para que o autor/apelante receba o que pretende através desta ação, quebrando o equilíbrio financeiro e atuarial.

Entretanto, as aludidas alegações são desprovidas de fundamento, pois a norma constitucional do art. 40, § 7º, é auto-aplicável, não ferindo os demais dispositivos infraconstitucionais mencionados pelo apelado. Esta matéria está pacificada no Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Pensão por morte do servidor público. Aplicação do artigo 40, § 7º, da Constituição Federal. - 2. Esta Corte já firmou 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. - 3. Inexigibilidade, por outro lado, da observância do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pela Constituição. - 4. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE nº 220.851/RS; Segunda Turma; Rel. Min. Néri da Silveira; pub. em 1.10.99).

No mesmo sentido as Apelações Cíveis nº 190.891-2 e nº 244.695-3, deste Tribunal.

Porém, seria direito do apelante sua inclusão como beneficiário da pensão deixada por sua falecida

esposa se não fosse pelo fato de o mesmo ter contrai-do novo matrimônio, conforme documento de fl. 25-TJ, no qual se pode constatar que o mesmo se casou, em 11.12.92, com Maria da Conceição Diniz Ferreira. Como bem opinou o representante do Ministério Público em seu parecer, ao contrair novo matrimônio, o apelante perdeu seu direito à pensão por morte de sua falecida esposa. Nesse sentido, tem-se o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Previdenciário. Aposentadoria e pensão. Acumulação. Dependência econômica.

- Não tem direito à pensão por morte do marido aposentado rural, a viúva que veio a casar-se, perdendo a qualidade de dependência anterior do de cujus, estando ela própria e o seu novo marido aposentados.

- Recurso não conhecido (REsp 175.675/MG; Rel. Min. Gilson Dipp; pub. em 22.3.99).

Como se trata, *in casu*, de aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, o mesmo entendimento se estende à situação do apelante.

Diante do exposto, com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (artigo 131 do Código de Processo Civil) e no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento à apelação.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA - INTIMAÇÃO - REGULARIDADE - AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO AO ATO - NULIDADE BASEADA NO ARTIGO 246 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INEXISTÊNCIA

- Nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, a falta de intimação do seu representante enseja a nulidade do processo. Entretanto, se, havendo a necessária intimação, o representante do *Parquet* deixa injustificadamente de comparecer ao ato, não se pode falar em nulidade baseada no artigo 246 do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 282.070-2/00 - Comarca de Bom Sucesso - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Separação judicial litigiosa - Acordo - Audiência - Ausência do Ministério Público - Intimação pessoal para o ato - Nulidade inexistente. - Segundo jurisprudência do STJ, o que enseja a nulidade, nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, é a falta de intimação do seu representante, não a falta de efetiva manifestação deste.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. -
Bady Curi - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Bady Curi* (convocado) - Conheço do recurso por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

S.A.G. ajuizou a presente ação de separação judicial litigiosa contra P.G.N., imputando-lhe grave violação aos deveres do casamento, que tornou insuportável a vida em comum, visando à decretação do rompimento do matrimônio.

Ao receber os autos, a ilustre Magistrada *a quo* determinou a oitiva do Ministério Público, que se pronunciou às fls. 26-verso sobre o pedido de liminar formulado pela autora, bem como requereu a citação do réu, diante da regularidade do processo.

Em seguida, a Magistrada exarou a decisão de fls. 28/29, deferindo a liminar de separação de corpos, a qual foi cumprida às fls. 30, assim como a citação, conforme mandado de fls. 31.

Designada audiência para o dia 20 de fevereiro de 2002 (fls. 33), foram as partes regularmente intimadas, conforme se infere do mandado de fls. 34, e também o representante do Ministério Público, fls. 33-verso.

Todavia, na data designada, o Ministério Público deixou de se fazer presente ao ato, embora tivesse sido intimado, prosseguindo a Juíza *a quo* no andamento do feito, que culminou com a celebração de acordo entre o casal separando, transformando-se a separação de litigiosa para consensual, o qual foi homologado por sentença.

Insurge-se o Ministério Público contra a homologação do acordo, alegando, em síntese, que se trata de feito cuja intervenção do Ministério Público é obrigatória, contemplando as cláusulas do acordo homologado por sentença interesses indisponíveis da prole do casal separando, o que não poderia ocorrer sem sua anuência.

Diz, ainda, o apelante que não compareceu à audiência designada em razão de determinação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público, que decidiram pelo afastamento do Ministério Público das audiências na Comarca de Bom Sucesso, enquanto suas prerrogativas institucionais não fossem restabelecidas pelo Judiciário local. Termina por argumentar que, se o Ministério Público não teve participação nos

autos, quando esta era obrigatória de acordo com a lei adjetiva civil, sua falta acarreta a nulidade do feito.

O inconformismo do recorrente não merece prosperar, sendo suas alegações insubsistentes para ensejar o acolhimento do recurso.

Dispõe o art. 246 do CPC que "é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir".

Não se tem dúvida de que o caso presente é de intervenção do Ministério Público. Entretanto, após exarar sua primeira manifestação, acerca do pedido liminar formulado na exordial, mesmo intimado pessoalmente da audiência designada para o dia 20 de fevereiro de 2002, conforme se verifica às fls. 33-verso, o representante do Ministério Público deixou de comparecer ao ato, injustificadamente.

Portanto, não se trata de falta de intimação do membro do *Parquet* para acompanhar feito no qual deve intervir, o que seria causa de nulidade, nos termos do art. 246 do CPC, mas sim de ausência deste a ato para o qual fora regular e pessoalmente intimado.

A respeito, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil - Separação judicial - Acordo e partilha de bens - Ministério Público (ilegitimidade de sua intervenção) - Multa imposta em declaratórios indevida.

- I - Segundo jurisprudência do STJ, o que enseja a nulidade, nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, é a falta de intimação do seu representante, não a falta de efetiva manifestação deste.

- II - Indevida é a multa imposta em face de ter-se por procrastinatórios os declaratórios opostos, quando não justificada a imposição da penalidade.

- III - Recurso conhecido e parcialmente provido (REsp 137.093/RS, DJ de 27.04.1998, p. 155, Relator Min. Waldemar Zveiter, j. em 19.02.1998, T3 - Terceira Turma).

Não socorre o apelante, outrossim, o argumento de que não comparecera à audiência em virtude de determinação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público, pois, além de não ter sido tal fato comprovado nos autos, não teria o mesmo o condão de tornar justificável sua ausência, acarretando a nulidade do processo, posto que, como visto, o que enseja dita nulidade é a falta de intimação do *Parquet* para o ato.

E isto, conforme restou evidenciado, não ocorreu na espécie em apreço.

Há de se ponderar, ainda, que não se pode deixar que eventuais desavenças entre o Poder Judiciário e o Ministério Público acarretem prejuízo apenas aos jurisdicionados, que procuram no primeiro a solução para suas aflições, sendo direito seu uma rápida e eficaz prestação jurisdicional.

Pelo exposto, nego provimento à apelação. Isento de custas, por se tratar do Ministério Público.

O Sr. Des. *Carreira Machado* - De acordo.

O Sr. Des. *Almeida Melo* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

COISA JULGADA - IDENTIDADE DE PARTES, DE OBJETO E DE CAUSA DE PEDIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 267, V, DO CPC

- Verifica-se a ocorrência da coisa julgada quando entre duas ações existem identidade de partes, de objeto e de causa de pedir, circunstância que fará com que o segundo processo seja extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310.556-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Verifica-se a ocorrência da coisa julgada quando entre duas ações existem identidade de partes, de objeto e de causa de pedir, circunstância esta que fará com que o segundo processo seja extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, da Lei Processual Civil em vigor.

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 fevereiro de 2003. -
Corrêa de Marins - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Moisés Elias Pereira.

O Sr. Des. *Corrêa de Marins* - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por Dionizio Paradelas Tavares contra r. decisão de fls. 516/519, que julgou extinta, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, V, do CPC, ação de reintegração de cargo ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, na qual pleiteava a nulidade do ato que o excluiu da Corporação.

Inconformado, fls. 521/546, pretende a reforma da decisão, alegando haver-se equivocado o Magistrado de 1º grau, ao extinguir o processo sem julgamento do mérito, admitindo a tese da coisa julgada, quando existe diversidade de pedidos entre a ação *sub judice*, na qual se pleiteia reintegração aos quadros da ativa, enquanto na ação anterior, já julgada, o pedido era de reforma por incapacidade física. No mérito, aponta irregularidades no processo administrativo para apuração da transgressão disciplinar, já que contrariou o disposto no art. 74 do RDPM, assim como a Constituição Federal, já que teria havido afronta ao princípio do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

In casu, foi ajuizada ação de reintegração de cargo pelo apelante, alegando haver sido excluído disciplinarmente dos quadros da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, por ato eivado de nulidade, pois ofensivo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, postulando a decretação judicial de:

Nulidade do ato que determinou e efetivou a sua exclusão das fileiras da Corporação, reintegrando-o a partir de 03.09.96, na mesma Unidade onde ocorreram as ilegalidades, com todos os direitos e vantagens inerentes à graduação e tempo de serviço...

Decidiu o ilustre Sentenciante de 1º grau por extinguir o feito, sem julgamento do mérito, constatando coisa julgada, posto que a questão central desta ação já teria sido decidida em outro feito, pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública, mantida por este Tribunal, e que:

Possui o mesmo pedido, qual seja a declaração da nulidade do ato de exclusão da Corporação, apesar de agora se fundamentar em possíveis irregularidades no trâmite do Conselho Disciplinar que apurou as infrações...

Data venia, a decisão recorrida não merece reforma.

É cediço que ocorre a coisa julgada quando se verifica que entre duas ações existe identidade de partes, de objeto e de causa de pedir, circunstância esta que fará com que o segundo processo seja extinto sem julgamento do mérito.

In casu, apesar de inovar o apelante na fundamentação de sua pretensão, constata-se que, em última análise, ambas as ações têm como objeto a exclusão do ato e como causa de pedir a nulidade deste, a fim de se escusar da falta disciplinar.

Veja-se que, enquanto na primeira ação trouxe o apelante, como fundamento de seu pedido, o pretenso direito à reforma por incapacidade física, no caso presente, o fundamento trazido já é ofensa a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais no processo administrativo. Mas ambos, repita-se, trazem como pressuposto a decretação da nulidade do ato que o excluiu da Corporação, conforme se verifica em parte do v. acórdão, fl. 252, na qual se pronuncia o eminente Des. Relator, *verbis*:

A pretensão nuclear do autor-apelante é o reconhecimento de fazer jus à aposentadoria extraordinária (reforma) por incapacidade física permanente, e lograr, assim, afastar a sua exoneração dos quadros da PMMG, ocorrida após o acidente que lhe dilacerou a mão esquerda (grifamos).

Outra não é a pretensão do apelante na presente ação senão "afastar sua exoneração dos quadros da PMMG", alegando fatos e motivos diversos, mas com vistas ao mesmo objeto, pois na ação já julgada, fl. 272, postula: "A procedência da ação para o fim de declarar-se nulo o ato de exclusão do Autor dos quadros da Polícia Militar...", enquanto na inicial da presente ação, fl. 22, postula igualmente "a nulidade do ato que determinou e efetivou a sua exclusão das fileiras da Corporação..."

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - BENS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO - IMPENHORABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 649, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - BENS NÃO ESSENCIAIS AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO - PENHORA - POSSIBILIDADE

Desta forma, ambas as ações possuem como pressuposto o reconhecimento da nulidade do ato de exclusão do apelante da Corporação, que já foi objeto de decisão no feito anterior, como se infere do v. acórdão, fl. 252, no qual o eminente Des. Relator afirma que "não houve excesso judicial ao examinar as causas de suas transgressões disciplinares uma comitante com o acidente e outra posterior", o que reforça a conclusão de identidade de causas de pedir que induzem ao reconhecimento da Coisa julgada.

É neste sentido a decisão do STJ no MS 8.266/DF, que teve como Relator o Min. Vicente Leal:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Servidores públicos federais. Vencimentos. Reajuste. Lei nº 8.880/94. Resíduo de 3,17%. Coisa julgada. Ocorrência.

- O mandado de segurança, embora seja uma ação de natureza constitucional destinado a proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, é regulada subsidiariamente pelo Código de Processo Civil e, portanto, deve submeter-se ao comando do artigo 267, V, que prevê a extinção do processo sem julgamento de mérito quando verificado o instituto da coisa julgada.

- Nos termos da nossa lei instrumental civil, reputam-se idênticas duas ações quando houver identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido (art. 301, § 2º, CPC).

- Em consonância com tais conceitos, ocorre a coisa julgada na hipótese em que a entidade sindical reproduz pleito formulado em ação mandamental anteriormente ajuizada perante esta Corte.

- Mandado de segurança extinto, sem julgamento de mérito.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Carreira Machado* - De acordo.

O Sr. Des. *Almeida Melo* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

- Mesmo constando dos autos que os bens teriam sido nomeados à penhora pelo devedor, havendo elementos que permitam perceber que a penhora foi efetivada de forma coercitiva, é de se acatar a regra do art. 649, VI, do CPC, que declara impenhoráveis os bens úteis ou necessários ao exercício de qualquer profissão. Quanto aos bens que, embora guarneçam escritório de advocacia, não se encontram entre os necessários ao exercício da profissão, podem ser penhorados sem ofensa ao dispositivo legal citado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 335.697-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Embargos à execução fiscal - Impenhorabilidade dos bens que guarnecem escritório de advocacia. - Havendo elementos que permitam a percepção de que a penhora foi efetivada de forma coercitiva, não é de se afastar a regra de impenhorabilidade de determinados bens, pelo fato de constar do auto de penhora que tais bens teriam sido indicados pelo devedor. A impenhorabilidade do art. 649, VI, do CPC só abrange os bens úteis e necessários ao exercício de qualquer profissão.

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, a unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Audebert Delage* - Márcia Paula Felga Fialho, advogando em causa própria, apela da r. sentença de fls. 21/24, que julgou improcedentes os embargos por ela oferecidos à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Busca a reforma do *decisum*, a fim de que se declare a nulidade da penhora efetivada nos autos apensos, a seu ver, realizada sobre bens considerados absolutamente impenhoráveis. Sustenta, para tanto, que, ao contrário do que restou decidido em primeiro grau, os bens sobre os quais recaiu a penhora não foram nomeados por ela, razão por que não teria havido renúncia à referida impenhorabilidade.

Contra-razões às fls. 30/32.

Deixou-se de colher a manifestação da d. Procuradoria de Justiça, pois, a teor do disposto na Súmula nº 189 do STJ, mostra-se desnecessária a intervenção ministerial nas execuções fiscais.

Conheço da apelação, reunidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Não desconheço a existência da orientação jurisprudencial no sentido de que a impenhorabilidade não persiste em relação aos bens indicados à penhora pelo próprio devedor (*vide* acórdãos mencionados na sentença).

No entanto, a análise detalhada das circunstâncias dos autos, a meu sentir, aponta para solução diversa daquela proferida em primeiro grau. É que, à fl. 13-v. da execução fiscal apensa, a apelante não permitiu a penhora dos bens que guarneciam seu escritório profissional. Tal ato só foi realizado após a determinação de fl. 14-v., inclusive com a requisição de cobertura policial necessária, atendendo-se ao requerimento da Fazenda Pública-apelada.

Por isso, a afirmativa constante do auto de penhora de que os bens foram indicados pela então executada deve ser tomada com reservas. Após resistência inicial, a devedora, compelida a tanto, inclusive ante a citada requisição de força policial, indicou os bens que se encontravam no local e cuja penhora menos lhe onerava. Assim, não se pode dizer que abriu mão da impenhorabilidade dos bens.

No entanto, é de se observar que a impenhorabilidade tratada no art. 649, inc. VI, do CPC alcança apenas os utensílios e instrumentos *úteis* ou *necessários* ao exercício de qualquer profissão. Dentre os bens penhorados nos autos apensos, há alguns que não têm qualquer relação com o exercício da advocacia, tais como o 'som marca CCE Micro Sistem' e os 'três quadros de vidro com molduras de metal preto'. Quanto a estes, mostra-se absolutamente legítima a penhora.

Ante tais considerações, dou parcial provimento ao apelo, para julgar parcialmente procedentes os embargos oferecidos pela apelante, declarando a insubsistência da penhora em relação aos bens descritos à fl. 18 da execução fiscal apensa, com exceção do 'som marca CCE Micro Sistem' e dos 'três quadros de vidro com molduras de metal preto'.

Por consequência, e tendo em vista que a apelante decaiu de parte mínima de seu pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC), condeno a Fazenda

Pública do Município de Belo Horizonte nas custas e honorários, fixados estes no mesmo valor da sentença apelada - 15 % (quinze por cento) sobre o valor dado à causa, atualizado a partir da data do ajuizamento da ação.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

ALIMENTOS - REVISIONAL - JUNTADA DE DOCUMENTOS - FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - SENTENÇA BASEADA NOS NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS - NULIDADE - RITO ESPECIAL DA LEI Nº 5.478/68 - INOBSERVÂNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES - IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO - INEXISTÊNCIA

- Sendo a ação revisional de alimentos processada pelo rito ordinário, em vez de ser seguido o rito especial da Lei nº 5.478/68, não se pode falar em irregularidade do procedimento se não houve prejuízo ou inconveniente para as partes.

- É nula a sentença se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, não foi aberta vista à parte contrária para se pronunciar sobre sua juntada aos autos. Tal decisão descumpe o art. 398 do CPC e afronta o princípio do contraditório.

- O fato de o juiz não ter dado oportunidade às partes para se manifestarem sobre as provas que pretendiam produzir e não ter aberto prazo para alegações finais constitui ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 259.088-3/00 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. BADY CURÍ

Ementa oficial: Revisional de Alimentos - Recurso de apelação - Ministério Público - Cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório. - É nula a sentença ou o acórdão se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, a parte contrária não se manifestou sobre a sua juntada aos autos.

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 PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002. - *Bady Curí* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Bady Curí* (convocado) - Conheço do recurso por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de apelação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra r. sentença

que, em ação revisional de alimentos proposta por V.S. contra C.F.B. e outros, julgou procedente o pedido inicial, para reduzir os alimentos devidos pelo autor para 23% dos seus rendimentos líquidos, sendo oito por cento para o filho de doze anos e cinco por cento para cada um dos outros três.

Irresignado, apela o Ministério Público, sustentando, em síntese, a irregularidade do procedimento adotado, pois o rito cabível às ações revisionais de alimentos é o preconizado pela Lei nº 5.478/68; que houve violação ao princípio do contraditório, uma vez que os réus não tiveram vista dos documentos juntados pelo autor após a contestação, quando assim o determina o art. 398 do CPC; que houve cerceamento de defesa, posto que a parte ré requereu a produção de provas que não teve a oportunidade de produzir, já que o Magistrado julgou antecipadamente a lide. Requer, por fim, a anulação do feito, a partir das fls. 26, designando-se audiência, nos termos do art. 2º da Lei nº 5.478/68, ou a partir da fl. 50-v, porque os réus não tiveram vista sobre os documentos juntados.

De início, o inconformismo do recorrente com relação ao procedimento adotado não merece prosperar, pois, segundo lição do renomado YUSSEF SAID CAHALI, in *Dos Alimentos*, 3ª edição, Editora RT, 1999, p. 957:

Ainda que a revisão das sentenças de alimentos, incluindo portanto a exoneratória, possa ser ajuizada com base na Lei 5.478/68, a teor do seu art. 13, § 1º, o ajuizamento do pedido de exoneração pelo rito ordinário em nada prejudica o alimentado; ou vice-versa.

O fato de ter sido a ação processada pelo rito ordinário, em vez do rito especial da Lei nº 5.478/68, nenhum prejuízo ou inconveniente trouxe para as partes, uma vez que, por ser mais extenso e dilatado, possibilita uma melhor análise das questões discutidas nos autos pelo Magistrado.

Cumpra salientar que esse entendimento já foi manifestado por este eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 253.396-6, da Comarca de Formiga, Relator o ilustre Desembargador Cláudio Costa.

Não obstante, no que concerne ao alegado cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório, entendo assistir razão ao apelante.

Retira-se dos autos que com a impugnação à contestação, o autor da revisional, ora recorrido, trouxe novos documentos ao processo, dos quais não foi aberta vista à parte contrária, contrariando o disposto no art. 398 do CPC e em afronta ao princípio do contraditório.

Logo após dita manifestação do recorrido, o Magistrado abriu vista ao Ministério Público, que reiterou a cota de fls. 29-v. pela designação de audiência para depoimento pessoal das partes e regular instrução do feito, lançando em seguida a decisão ora recorrida.

Nesta, como se verifica, o Juiz se fundamentou na prova documental acostada aos autos para proferir seu julgamento, sem que tivesse sido concedida oportunidade à parte contrária para se pronunciar sobre algumas destas provas e na inexistência de prova produzida pelos réus.

Já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

É nula a sentença ou o acórdão se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, a parte contrária não se manifestou sobre a sua juntada aos autos (STJ-4ª Turma, REsp nº 6.081-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 21.5.91, deram provimento, v.u., DJU de 25.5.92, p. 7.398; STJ-1ª Turma, REsp nº 1.998-RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, j. em 18.4.90, deram provimento, v.u., DJU de 7.5.90, p. 3.826; STJ-3ª Turma, RMS 1.199-BA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 13.4.92, deram provimento, v.u., DJU de 8.6.92, p. 8.615; STJ-3ª Turma, REsp nº 34.770-5-SP, Rel. Min.

Nilson Naves, j. em 28.2.94, deram provimento parcial, v.u., DJU de 11.4.94, p. 7.641.)

E mais:

O fato do documento ser conhecido da parte contrária não é razão bastante para dispensar-se a vista. Há que se lhe ensejar examiná-lo, e a respeito se pronunciar, pois não se proferirá sentença sem que as partes possam se manifestar sobre todos os elementos de prova (STJ-3ª Turma, REsp nº 49.976-3-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.10.94, deram provimento, v.u., DJU de 14.11.94, p. 30.955).

Ao lado disso, tem-se que houve requerimento de produção de prova em audiência pelo recorrente, conforme se verifica às fls. 29-verso, e na contestação também os réus requereram o depoimento pessoal do autor da revisional, assim como a oitiva de testemunhas, não tendo o Magistrado a *quo* sequer saneado o processo, abrindo oportunidade às partes para que se manifestassem sobre as provas que pretendiam produzir, para depois fundamentar sua decisão na ausência de provas dos fatos alegados pelos réus.

Vale salientar, ainda, que o Sentenciante nem mesmo abriu prazo para alegações finais das partes, sendo possível constatar que, após o oferecimento da contestação, aos réus não foi mais concedida nenhuma oportunidade de se manifestar nos autos, o que demonstra nitidamente o cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório alegados pelo recorrente.

Nem se diga que os réus não recorreram da decisão monocrática, pois tal fato não tem o condão de afastar o vício nela contido, uma vez que ficou suficientemente demonstrado pelo fiscal da lei que restaram violados pelo Magistrado a *quo* princípios norteadores do processo civil: ampla defesa e contraditório, de âmbito constitucional.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo para cassar a r. decisão monocrática, anulando-se o feito a partir da fl. 50, devendo ser aberta vista à parte contrária sobre os documentos juntados, conferindo-se em seguida regular andamento ao feito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - PRESTAÇÃO MENSAL - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - TR - ADMISSIBILIDADE - SALDO DEVEDOR - RECÁLCULO ANTES DA COMPENSAÇÃO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - SEGURO HABITACIONAL OBRIGATÓRIO - IMPOSIÇÃO AO MUTUÁRIO DE SEGURO ESCOLHIDO UNILATERALMENTE PELO AGENTE FINANCEIRO - IMPOSSIBILIDADE

- Nos contratos de financiamentos imobiliários vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, a Taxa Referencial pode ser utilizada como índice de correção das prestações mensais, sem que isso configure ilegalidade ou abusividade. Tal ocorre porque os recursos utilizados para sustentar tais contratos são, por lei, captados junto às cadernetas de poupança, que são corrigidas pela TR. Assim, nada mais lógico do que utilizar-se esse índice para atualizar monetariamente aqueles contratos.

- O agente financeiro deve deduzir a última prestação paga, antes de proceder à atualização do saldo devedor relativo a contratos de financiamento, de forma a não permitir o enriquecimento ilícito da instituição financeira nem a oneração indevida do devedor.

- Ao mutuário do SFH deve ser assegurada a liberdade de escolher o seguro residencial de sua preferência, sendo inadmissível impor-lhe seguro obrigatório escolhido unilateralmente pelo agente financeiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 305.643-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: 1. Taxa referencial-TR - Possibilidade de ser utilizada como índice de atualização das parcelas advindas de contrato de financiamento imobiliário no âmbito do SFH - Inexistência de proibição legal para tanto - Circunstância de serem os recursos utilizados no âmbito do SFH provenientes da poupança, que por sua vez é reajustada pela TR - Reforma da sentença, para se manter a TR como índice de reajustamento - 2. Sistema de cálculo da amortização - Recálculo do saldo devedor feito antes da compensação da última prestação paga - Irregularidade - Sentença mantida no sentido de se determinar o decote da última parcela paga, para que, só então, seja feito o recálculo do saldo devedor - 3. Seguro habitacional obrigatório - Impossibilidade de se impor ao mutuário seguro escolhido unilateralmente pelo agente financeiro - Sentença mantida para assegurar ao mutuário a liberdade para escolher o seguro residencial de sua preferência.

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, EM PARTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDOS PARCIALMENTE O REVISOR E O VOGAL.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - Jarbas Ladeira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Os apelados, na qualidade de tomadores de financiamento habitacional junto ao Credireal, vieram a Juízo, manejando ação revisional das cláusulas contratuais do referido financiamento, ao argumento de que, após a extinção do Credireal, o BDMG se tornou o responsável pela administração do ativo e do passivo oriundo daquela instituição financeira.

Reclamaram da ocorrência de várias ilegalidades e abusividades nas cláusulas do contrato em questão, como a utilização da TR como índice de reajuste, operações de amortização ilegais (feitas somente após o recálculo do saldo devedor, sem a consideração do último pagamento realizado, a cada operação), imposição de determinado seguro habitacional, com altos prêmios, além de outras.

O BDMG respondeu, pugnando pela legalidade das cláusulas contratuais.

Nomeou à autoria o Estado de Minas Gerais. Este contestou igualmente, sustentando a legalidade das operações envolvendo o recálculo da dívida dos apelados e requerendo a observação do princípio *pacta sunt servanda*.

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes pelo digno Magistrado de 1º grau.

Recorre voluntariamente o Estado, repisando seus argumentos de defesa.

Também sobem os autos para que seja feito o reexame obrigatório da questão.

Relatório circunstanciado já se encontra nos autos.

Conheço do recurso e da remessa obrigatória, pois presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Passo ao necessário reexame da questão.

Quanto ao pedido do 1º apelante para que seja desconstituída a sentença de 1º grau, no tocante à substituição da TR pelo INPC, sobre esta questão tenho posição firmada no sentido de que, nos contratos de financiamentos imobiliários vinculados ao SFH-Sistema Financeiro da Habitação, a Taxa Referencial pode ser utilizada como índice de correção das prestações mensais, sem que isso configure ilegalidade ou abusividade.

Tal ocorre porque os recursos utilizados para sustentar os contratos celebrados no âmbito do SFH são, por lei, captados junto às cadernetas de poupança, que são, por sua vez, como é cediço, corrigidas exatamente pela Taxa Referencial básica-TR.

Ora, se os recursos do SFH advêm da poupança, que por sua vez é corrigida pela TR, nada mais lógico que este índice seja utilizado para atualizar monetariamente os contratos em que foram aplicados estes recursos. Nada há, inclusive, que impeça a utilização da TR desta forma.

Não estou sozinho em minha posição; em recentes julgados, o eg. Superior Tribunal de Justiça externou a mesma opinião, como se pode ver no aresto abaixo colacionado:

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Contratos de Financiamento da casa própria. Legalidade de aplicação da TR. Lei 8.177/91. - 1 - A Taxa Referencial - TR - não foi excluída para indexação afeta à atualização monetária (ADIn 493, 768 e 959 - STF). Corrigidos pela TR, os recursos captados para a poupança, quando emprestados, positavam-se como índice. A correção pelo IPC ou INPC afetaria o equilíbrio da equação financeira (REsp 172165/BA, 1ª Turma, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, publ. em 21.06.99).

Dispõe mais esse mesmo acórdão:

Nessa lida, incontestos que os recursos do SFH são decorrentes da poupança, os empréstimos pactuados no seu âmbito devem ser corrigidos conforme a correção da poupança, efetivada pela variação da TR, salvo se alterasse o índice para atualização da poupança. Enfim, contrariaria a lógica que os recursos captados para a poupança sejam corri-

gidos pela TR e, quando emprestados aos mutuários, a correção se fizesse por outro índice - no caso, pelo IPC ou INPC. A contradição afetaria o equilíbrio da equação financeira do ajuste.

Assim sendo, verifica-se que, uma vez expressamente pactuada no contrato, não se pode desconstituir a TR como índice de atualização, pelos motivos supra-expostos, pelo que não se deve reformar a sentença neste tópico.

Não ocorre o mesmo quanto à parte do pedido, também acolhida, que se refere à forma de recálculo do saldo devedor, atualizando-se o mesmo antes da dedução da prestação paga.

Com efeito, não considero justa nem equânime esta forma de recálculo do saldo devedor. A meu ver, a melhor forma de se recalculer o saldo devedor do financiamento, de forma a não permitir o enriquecimento ilícito da instituição financeira, é determinar-se primeiro o decote da prestação paga, para que somente depois possa ser feita a atualização do saldo devedor restante.

A atualização do saldo devedor da maneira como quer o Estado, sob minha ótica, é injusta e fere o equilíbrio contratual, onerando indevidamente o devedor, que tem sua próxima prestação recalculada como se não tivesse feito o pagamento da última. Com esta operação não pode pactuar o Poder Judiciário, por se tratar de genuína agressão aos direitos do consumidor.

Neste ponto, impende esclarecer que os contratos bancários estão inseridos no âmbito dos negócios regidos pela Lei 8.078/90, devendo, sempre que necessário, serem revistos sob a égide desta lei, mediante provocação do consumidor.

Assim sendo, a parte da sentença que determina a dedução da última prestação paga antes do recálculo do saldo devedor restante deve permanecer intocada.

A outra questão a ser apreciada refere-se à concessão, pela sentença, de liberdade para que os apelados possam escolher a seguradora de sua preferência, a fim de celebrar o seguro obrigatório da forma como se obrigaram no contrato.

Quanto a este ponto, mais uma vez laborou com acerto o digno Juiz monocrático, a meu ver. De fato, a imposição de um seguro pelo agente financeiro, com a cobrança dos prêmios em valores unilateralmente acertados, constitui a conhecida "venda casada", operação vedada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (que, conforme considerações já feitas, deve ser aplicado à espécie).

Frise-se, no entanto, que não há como se proceder a nenhuma compensação de valores pagos anteriormente, uma vez que a sentença não atingiu os prêmios pagos antes do ajuizamento da ação.

Por fim, com a devida vênia do zeloso Juiz singular, não considero possível a aplicação de uma multa diária, ao Estado de Minas Gerais, na quantia de 25 salários mínimos, caso descumprida a decisão. Não há dispositivo legal que autorize penalizar desta forma a Fazenda Pública, além de possuírem os apelados meios judiciais e extrajudiciais de obter o cumprimento da decisão do Poder Judiciário.

Observe-se que, inclusive, o descumprimento da decisão judicial não acarretará prejuízo aos apelados, uma vez que eles terão mais de um meio de obter a aplicação das disposições contidas na r. sentença atacada, bem como neste acórdão. Desta forma, não vejo como se admitir a manutenção de tão elevada multa, aplicada sem qualquer embasamento legal.

Deve a multa diária de 25 salários mínimos, pois, ser decotada da sentença.

Com essas considerações, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença de 1º grau, no que toca à substituição da TR pelo INPC, para manter a TR como índice de reajuste das parcelas mensais a serem pagas pelos apelados. Também reformo a decisão para retirar a aplicação da multa diária de 25 salários mínimos.

Mantida, no restante, a sentença monocrática.

Prejudicado o recurso voluntário.

Custas, 40% pelos apelados, ante a sucumbência parcial em segunda instância.

O Sr. Des. *Emanoel Fidélis* - Não estou de acordo com o recálculo e também quanto ao problema do seguro habitacional, são situações que eu acho que devem ser decididas independentemente; eu, por exemplo, concordo, perfeitamente, que a TR é índice de correção, porque não é proibido e não é pagamento em mora, e, quanto ao sistema de cálculo de amortização, eu peço vênia porque, na realidade, o que se paga, a prestação correspondente é do saldo devedor e não do saldo que diminui, cada saldo devedor é feito de acordo com a correção do mês, faz-se a correção do mês, estabelece-se o valor da prestação; se nós fizermos isto, nós vamos ter um excesso favorecendo a parte e ela vai pagar a correção sobre o saldo anterior e não é no saldo anterior, na verdade, todo cálculo de correção monetária é

feito do cálculo da dívida e depois estabelecida a prestação proporcional às várias taxas, a prestação é pequena, mais é o cálculo e a correção monetária.

Quanto ao seguro habitacional, não há nenhuma prova de que tenha sido feita coação da parte para que ela atendesse ao seguro, agora, o contrato do seguro dela não é com a Empresa que está fazendo o empréstimo, é com a seguradora paralela, que pode ser até do mesmo grupo, mas aí é um contrato feito, devidamente aceito; se houve coação, tem que ser alegada; se houve imposição, tem que ser alegada e provada, porque, inclusive, o seguro é de interesse de ambas as partes. O seguro não é de interesse apenas do devedor, o seguro é de interesse do credor, e também de interesse do devedor, agora o seguro como condição para o financiamento é perfeitamente válido. Quanto a ser uma empresa do mesmo grupo ou não, não posso, depois de feito o contrato, negar a existência do contrato de seguro a não ser que haja uma discussão a respeito disso. Senão o sujeito faz um seguro e não quer mais esse grupo, e fica por isso mesmo, e a coisa fica sem seguro.

Então, *data venia*, dentro do que foi decidido, aceito a TR, aceito o recálculo do saldo devedor, e não da prestação. A prestação é paga de acordo com o cálculo do saldo devedor, e entendo perfeitamente corretos até a anulação do contrato de seguro perante a seguradora, o seguro feito pelas partes, mesmo porque não posso anular um contrato sem que estejam todas as partes.

Assim, reformo integralmente a sentença, inclusive quanto ao recálculo, que deve ser feito como é estabelecido no contrato e com a manutenção do contrato de seguro, até ser o mesmo rescindido perante a companhia seguradora.

O Sr. Des. *José Domingues Ferreira Esteves* - Sr. Presidente. Peço vênia ao eminente Relator para a exclusão da parte que impõe multa diária pelo descumprimento de obrigação à mutuante, confirmando, no mais, a respeitável sentença por melhor atender ao direito e à jurisprudência, inclusive, com respeito a ADIn nº 4, do Supremo Tribunal Federal, que impede seja a TR indexador de dívida em contrato de empréstimo para financiamento de casa própria.

Em reexame necessário, reformo, parcialmente, a sentença, para excluir a imposição de multa à mutuante, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, VENCIDOS PARCIALMENTE O REVISOR E O VOGAL.

MANDADO DE SEGURANÇA - MATÉRIA INTERNA CORPORIS - DISCRICIONARIEDADE - INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOCORRÊNCIA - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

- O mandado de segurança não se presta para impedir ou anular ato de competência de Câmara Municipal que, pela sua própria autonomia, tem gerência discricionária nas ações administrativas.

- Ao Judiciário não compete pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade de ato relativo a matéria interna corporis, de competência privativa do Legislativo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.087-6/00 - Comarca de Bambuí - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Matéria interna corporis - Independência dos poderes - Inocorrência de direito líquido e certo - Denegação da segurança. - Tratando-se de matéria interna corporis, de competência privativa do Legislativo, não cabe ao Judiciário pronunciar-se sobre a conveniência e oportunidade do ato.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - José Francisco Bueno - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *José Francisco Bueno* - Cuida a espécie de mandado de segurança preventivo impetrado pelo apelante contra ato que possa ser praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Tapirai, no sentido de suspender qualquer ato de convocação da Câmara que vise constituir Comissão Especial de Investigação, com o objetivo de apreciar denúncias contra o impetrante por quebra de decoro formulada pelo Prefeito Municipal de Tapirai e/ou por qualquer eleitor por suas palavras ou votos no exercício do mandato.

O MM. Juiz *a quo*, adotando o Parecer Ministerial, e entendendo tratar-se de questão interna corporis, que diz respeito direta e imediatamente à corporação legislativa, de deliberação própria dos seus vereadores, negou a segurança, daí resultando o presente recurso.

Alega o apelante que foi instaurado o Processo Político-Administrativo criando Comissão Processante, opinando em seu Parecer final pelo arquivamento do processo, sendo o mesmo aprova-

do pela Câmara Municipal, mas que ainda assim, teve ferido direito líquido e certo, uma vez que poderia o relatório ter-lhe sido desfavorável, sustentando que "o vereador é inviolável por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município". Pugna pela reforma da decisão julgando procedente o pedido com inversão dos ônus sucumbenciais.

Não há contra-razões.

O il. representante do MP, atendendo à Recomendação 01/01 do eg. Conselho Superior do Ministério Público, deixa de oferecer parecer recursal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

Em síntese, este é o relatório.

Conheço do recurso, concedendo ao apelante o benefício da Assistência Judiciária.

Tenho que a decisão recorrida não está a merecer qualquer modificação devendo ser mantida na sua integralidade.

Verifica-se nos autos que a pretensão do ora apelante é impedir possível instalação de Comissão Processante para análise de eventual quebra de decoro parlamentar.

Como informa o próprio apelante, a Comissão foi formada votando pelo arquivamento do processo.

Diante de tal fato, entendo que a ação mandamental perdeu o objeto.

Entretanto, ainda que assim não fosse, o pedido do impetrante não merecia mesmo acolhimento.

Não cabe ao Judiciário pronunciar-se sobre matéria interna corporis, de competência privativa do Legislativo municipal, intervindo na autonomia deste Poder. Somente à Câmara Municipal cabe decidir

sobre o mérito da matéria, sua conveniência e oportunidade, assistindo ao impetrante o direito de recorrer por meio de outras vias procedimentais à decisão da Câmara de Vereadores.

Não há que se socorrer ao Judiciário para impedir possível ato de competência do outro Poder.

A presente questão é meramente regimental e não pode se sujeitar à apreciação judicial, por ser ato *interna corporis* de outro Poder, cuja natureza impõe o afastamento do próprio mandado de segurança, por força do princípio da independência dos Poderes.

Não se presta o presente mandado de segurança para impedir ou anular ato de competência da Câmara Municipal, que, pela sua própria autonomia, tem gerência discricionária nas suas ações administrativas.

Foge ao controle do Judiciário pronunciar-se sobre aspectos de mérito, sobre a oportunidade e

conveniência do ato, devendo a questão ser solucionada por meio de outro procedimento, que não o mandado de segurança.

Com tais considerações, entendendo ausente o direito líquido e certo, pleiteado pelo vereador-impetrante sob a forma de interferência do Judiciário sobre a Câmara Municipal, e imprestável o mandado de segurança, mantenho a r. decisão recorrida, negando provimento à apelação.

Custas, *ex lege* (assistência judiciária)

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

A Sr.^a Des.^a Maria Elza - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - FAIXA DE TERRENO - DESVALORIZAÇÃO E RESTRIÇÃO AO USO DO IMÓVEL - INDENIZAÇÃO - PARÂMETRO

- Deve-se considerar, como parâmetro, para indenização de faixa de terreno utilizada para servidão administrativa, a expressão econômica do desfalque patrimonial que a instituição da servidão acarretou ao proprietário do bem atingido, e não o valor da faixa de servidão, haja vista as restrições impostas ao uso e gozo do imóvel pelo proprietário e a sua desvalorização comercial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.350-8/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Constituição de servidão administrativa - Indenização. - Comprovado que a constituição de servidão administrativa sobre determinado imóvel, embora não implique transferência do respectivo domínio, acarreta severas restrições ao seu uso e o desvaloriza comercialmente, a indenização deve ter como parâmetro, portanto, não o valor da faixa de servidão, mas a expressão econômica do desfalque patrimonial resultante do apossamento administrativo.

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, 27 de maio de 2003. -
Francisco Lopes de Albuquerque - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurgem-se os autores contra a sentença que, ao julgar procedente seu pedido de indenização pelos efeitos lesivos da constituição de uma faixa de servidão administrativa em terreno de sua propriedade, fixou o valor dessa indenização em R\$1.170,00 (fls. 126/128).

Argumentam que não pode prevalecer o laudo do assistente técnico da ré, ora apelada, uma vez que só levou em conta o valor da faixa de servidão, sem considerar que a passagem do esgoto sanitário, pelo meio do lote, tornou-o inaproveitável e ainda o desvalorizou comercialmente, conforme ressaltado pelo perito oficial.

Aduzem, ainda, não ter sido levado em conta que há mais de 20 (vinte) anos foram os autores sumariamente desapossados, sem receber, desde então, qualquer compensação, e sem poder desfrutar integralmente de seu terreno e nele construir, o que também representa dano a ser indenizado.

Pedem que a indenização seja calculada sobre o valor de toda a área do imóvel, corrigida desde a imissão da ré na posse, e acrescida do valor correspondente aos lucros cessantes.

A apelada apresentou contra-razões, sustentando que o juiz é livre na apreciação da prova, pelo que não estaria vinculado à avaliação do perito oficial, podendo valer-se perfeitamente do laudo do assistente técnico.

Acrescentou que não provaram os apelantes os prejuízos que afirmam ter sofrido em decorrência do ato de constituição da servidão administrativa, pelo que a sentença não merece reforma.

Presentes os pressupostos do juízo de admissibilidade, conheço da apelação.

Quanto ao mérito, releva notar que, embora conste de várias peças processuais que o imóvel dos autores teria sido regularmente expropriado, tal fato, a rigor, não ocorreu. O que houve foi puro e simples apossamento de uma área declarada de utilidade pública, para fins de constituição de servidão administrativa, como se pode ver do teor do Decreto Municipal nº 2.219/98 (fls. 73/74).

É certo que também nesse caso, por se tratar de desapropriação indireta, os proprietários do imóvel têm o direito de ser indenizados, mas a circunstância é relevante para a fixação do valor justo e adequado.

O reconhecimento desse direito pressupõe, evidentemente, a retirada da posse da coisa das mãos do dono ou qualquer outra forma de restrição ao exercício dos direitos e prerrogativas inerentes ao status de proprietário do bem atingido. Vem a pélo a seguinte orientação pretoriana:

A chamada ação de desapropriação indireta ou desapossamento administrativo é, na verdade, uma ação reivindicatória. O proprietário injustamente desapossado, não podendo reivindicar a coisa, ocupada pelo Poder Público e utilizada em obra pública, provando desde logo o seu domínio, reivindica o correspondente preço, ou seja, a justa indenização pela perda do bem. Por isso mesmo é que a jurisprudence acabou por pacificar a tese de que tal ação tem natureza real... (RT, 475/152).

Embora nem o Juiz nem as partes tenham formulado quesitos, o que seria importante para definir a atuação do avaliador nomeado, o ilustrado perito captou perfeitamente os objetivos da ação e a finalidade de seu trabalho, apresentando, no laudo de fls. 106/108, ilustrado pelas fotografias de fls. 109/110, preciosas informações para a decisão da causa.

Assim é que, segundo suas explicações, embora a faixa de servidão seja relativamente estreita, 3 metros de largura, sua passagem pelo meio do lote, que já é pequeno, 297,50m², representa um gravame considerável, porque impede qualquer outra construção e o desvaloriza comercialmente.

Em razão disso, e com a devida vênia do ilustre Juiz sentenciante, não me parece justo - e justa deve ser a indenização! - que só sejam indenizados os exatos 54,53 m² correspondentes à faixa de servidão, conforme consta do laudo do assistente técnico da ré (fl. 112).

Os apelantes não perderam a propriedade do seu terreno, mas tiveram o seu uso e gozo substancialmente reduzido, além de sofrerem os efeitos da desvalorização.

A indenização deve ter como parâmetro, portanto, não o valor da faixa de servidão, mas a expressão econômica do desfalque patrimonial que a instituição da servidão acarretou aos autores, considerando-se as severas restrições que o ato impugnado impôs ao uso e gozo do imóvel.

Por outro lado, não merece acolhida o pedido de indenização por lucros cessantes, uma vez que não fizeram os apelantes a menor prova de suas alegações, limitando-se a dizer que pretendiam dividir o imóvel entre si e nele construir.

O imóvel, por suas reduzidas dimensões, é indivisível, segundo informou o perito, citando a legislação municipal.

Quanto à intenção de construir, se existiu, não teve início de execução, nem mesmo manifestação exterior.

Acresce lembrar que a Copasa foi condenada ao pagamento de juros compensatórios sobre o valor arbitrado a título de indenização, circunstância diante da qual os apelantes nada mais têm a reclamar a título de indenização, pelas restrições que sofreram quanto ao exercício do direito de propriedade de que são titulares em relação ao sobredito imóvel.

Também incabível a correção de valores a partir da constituição da servidão. Ainda que o fato seja anterior à propositura da ação, não se pode esquecer que a avaliação foi feita em valores atualizados, só cabendo a correção a partir laudo.

Pelo exposto, com a devida vênia do MM. Juiz de primeiro grau, dou parcial provimento à apelação, e o faço para fixar a indenização devida em 2/3 (dois terços) do valor atribuído ao imóvel no laudo pericial (R\$14.126,50).

Tendo havido sucumbência de lado a lado, pagará a apelada 2/3 das custas e honorários advo-

IPSEMG - ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR - RECUSA - ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - INADMISSIBILIDADE - SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- A falta de recolhimento das contribuições previdenciárias e o fato de se estar questionando na Justiça a constitucionalidade da cobrança das mesmas não constituem motivo para afastar o dever legal do Ipsemg de prestar assistência médica e hospitalar ao segurado e a seus dependentes, máxime em se tratando de servidor público aposentado, que já contribuiu por anos para o instituto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 298.994-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidora pública aposentada - Recusa de atendimento médico e hospitalar (Ipsemg) - Alegação de não-recolhimento das contribuições previdenciárias - Concessão da ordem - Confirmação da sentença, no reexame necessário. - Sobre sendo discutida judicialmente a questão, pior ainda se reconhecida depois a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição, não havia lugar para qualquer omissão no atendimento, prevalente a obrigação legal de prestação da assistência previdenciária. - Precedente.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - *Abreu Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Abreu Leite* - Cuida-se de apelação aviada contra a r. sentença que, em mandado de

caticios de 10% sobre o valor da condenação, ficando a cargo dos apelantes o pagamento de 1/3 das custas e mais honorários advocatícios de 10% sobre 1/3 do valor total do imóvel.

Suspendo a exigibilidade da condenação dos autores, por serem beneficiários da justiça gratuita.

O Sr. Des. *Eduardo Andrade* - De acordo.

O Sr. Des. *Geraldo Augusto* - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

segurança, após rejeitar preliminares, concedeu a ordem, determinando fossem a impetrante e seus dependentes merecedores do necessário atendimento médico e hospitalar, não podendo constituir óbice a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias.

Em suas razões, o apelante sustenta não produzida a prova de negativa de atendimento, muito menos por falta de pagamento da contribuição, já que feito o desconto em seu contracheque no mês anterior à impetração, pelo que não havia motivo para se negar atendimento.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

Embora não determinada, conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Porque estaria o Ipsemg se recusando a lhe prestar assistência previdenciária, de que estaria inclusive tendo necessidade, a servidora pública estadual aposentada impetrou o presente mandado de segurança, fundado no seu direito como segurada à prestação de atendimento médico e hospitalar, que lhe estaria sendo negada porque articulava questionamento sobre

a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária noutro e anterior *mandamus*.

Correto, o digno Magistrado acolheu a pretensão.

Esta ação é de novembro de 2001.

Naquele *writ*, a liminar foi conferida em outubro de 2000, a sentença fora denegada em abril de 2001, e, neste Tribunal, deu-se provimento à Apelação Cível nº 234.177-4, de que foi Relator o Des. Hyarco Immesi, em sessão de 13.06.2002, para se "reconhecer a inconstitucionalidade da exigência da contribuição previdenciária".

Ora, estando *sub judice* a questão, só por isso já não se admitia qualquer omissão no atendimento.

Pior ainda se se reconheceu a inconstitucionalidade da exigência.

Não fosse assim, como bem se observou na r. sentença a quo:

... salta aos olhos que o não-desconto da contribuição não retira o dever legal de assistência por parte do instituto. Não se pode olvidar os trinta ou mais anos de contribuições para esse fim, quando estava na ativa.

Ao que parece, a atitude da autoridade coatora não passa de uma forma transversa de descumprimento de decisão judicial, porque, se a contribuição não estava sendo descontada em razão de uma liminar, não se pode concluir que houve desfiliação da previdência, ou inadimplemento por parte dos segurados.

Obviamente, não havia motivo que autorizasse o descumprimento da obrigação legal.

ISSQN - LOCAÇÃO DE CAÇAMBAS, COLETA E REMOÇÃO DE ENTULHO - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO

- O recolhimento de entulhos, tal como praticado na Cidade de Belo Horizonte, não se resume simplesmente à locação de caçambas, pois abrange o transporte, a colocação de caçambas coletoras, bem como o posterior recolhimento dessas caçambas, com a remoção e deposição de entulho, lixo e resíduos, sujeitando-se, portanto, ao ISSQN.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.968-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Imposto sobre Serviços - Aluguel de caçambas - Coleta e remoção de entulho. - Embora impropriamente denominada de "locação de caçambas", a coleta, remoção e deposição de

Alíás, e em caso idêntico, exatamente como consta do acórdão, indicado no parecer da d. Procuradoria, de que foi Relator o Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, assim ementado:

Mandado de segurança - Ipsemg - Servidor público - Dependente - Atendimento médico - Recusa - Direito líquido e certo - Configuração - Segurança - Concessão. - Configurando-se a recusa de atendimento médico por parte do Ipsemg a dependente de servidor público, correta é a concessão da segurança ao servidor filiado que contribuiu por anos ao Instituto, à aquisição do direito à assistência médica e hospitalar. Sentença confirmada em reexame necessário. Prejudicado o recurso voluntário.

Por fim, vale anotar ser lógico que, fundada a impetrante em negativa de atendimento, como poderia haver qualquer registro quanto à mesma nas dependências do instituto - para não se falar que se trata de pessoa já aposentada, com anos de serviços prestados, a pressupor seriedade no trato da coisa pública.

Com tais considerações, confirmo a r. sentença, no reexame necessário, tendo por prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. *Nilson Reis* - De acordo.

O Sr. Des. *Brandão Teixeira* - De acordo.

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

entulho, tal como praticada na Cidade de Belo Horizonte, é um complexo serviço que não se resume à simples "locação de bens móveis". Sujeita-se, portanto, à incidência do ISSQN.

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 À SEGUNDA APELAÇÃO E JULGAR PREJUDICADA A PRIMEIRA.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. -
Francisco Lopes de Albuquerque - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - A douta Juíza de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal julgou procedentes, em parte, os pedidos da inicial, em ação proposta por empresa que explora atividade consistente na locação de caçambas para remoção de entulho, declarando ser esta imune à tributação pelo ISSQN, uma vez que o colendo STF declarou inconstitucional a expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68.

Deferiu também o pedido de restituição de indébito, relativo aos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do ajuizamento da ação, determinando que o valor da condenação seja apurado em liquidação de sentença, com juros e correção monetária.

Da sentença apelou a autora, vencida em parte, pretendendo que a obrigação de restituir o indébito prevaleça desde o momento de sua constituição, em junho de 1991, porque, sendo o ISSQN tributo declarado e recolhido mediante autolancamento, que deve ser homologado pela autoridade administrativa, o prazo prescricional só começa a ser contado a partir da homologação, que se dá de maneira expressa, ou de forma tácita, decorridos cinco anos. Como nunca ocorreu homologação expressa, a homologação tácita dos primeiros recolhimentos só se deu 5 (cinco) anos depois, ou seja, em 1996. A partir daí é que começaria a ser contado o prazo prescricional, o qual, entretanto, não se completou, porque a ação foi ajuizada em março de 2001.

Insurge-se também a apelante contra o indeferimento de sua pretensão de compensar os tributos, cuja repetição lhe foi deferida, com eventuais débitos seus, passados, presentes ou futuros, para com a Fazenda Municipal.

Diz que tal compensação é expressamente prevista, inclusive na legislação municipal, não impe-

dindo a compensação a falta de liquidez de seu crédito, uma vez que a apuração de valores se fará em liquidação, mediante simples encontro de contas.

Pleiteia, como corolário da pretendida reforma da sentença, o reconhecimento da procedência de todos os pedidos que formulara na inicial.

Por sua vez, também apela o Município-réu, sustentando, com apoio em doutrina, que a locação de bens móveis deve também ser considerada "serviço", um bem incorpóreo posto em circulação e suscetível de apreciação econômica.

Acrescenta que, em razão da autonomia dos municípios, aos quais foi atribuída competência para tributar serviços, todos os serviços estão sujeitos à incidência do imposto, de acordo com a legislação municipal.

Ressalva que não pode ter o alcance que lhe atribuem a sentença e a autora, ora apelada, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou

Incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968.

Pede a reforma da sentença, com a rejeição, no mérito, dos pedidos formulados na inicial.

Admitidos ambos os recursos, apenas a autora apresentou contra-razões.

Por versar sobre matéria mais ampla e de caráter prejudicial à apelação da autora, examino em primeiro lugar o recurso do Município.

O presente recurso merece conhecimento.

Embora a questão não tenha sido abordada pelas partes, nem tenha sido mencionada na sentença, entendo, com base em observação pessoal, por se tratar de fato público e notório, que o recolhimento de entulhos, tal como praticado na Cidade de Belo Horizonte, não se resume simplesmente na "locação de caçambas", como alegado na inicial.

Trata-se de um verdadeiro serviço que, uma vez contratado, abrange o transporte e a colocação de caçambas coletoras à disposição do contratante, bem como o posterior recolhimento dessas caçambas, com a remoção e deposição do entulho.

A meu ver, não desnatura o verdadeiro serviço prestado a denominação que lhe dá a autora de simples "locação de caçambas".

De seu próprio objetivo social, definido como sendo "a prestação de serviços de locação de caçambas próprias ou de terceiros para remoção de entulho, lixo e resíduos" (inicial, fl. 02, alteração contratual, fl. 22), já se pode deduzir que os serviços por ela prestados não caracterizam mera locação, sendo esta uma etapa inicial, um simples meio ou instrumento para alcançar o objeto do contrato, que é a coleta, a remoção e a deposição de "entulho, lixo e resíduos."

Muito embora a locação das caçambas seja parte integrante do ajuste, não se constitui, porém, no cerne do serviço prestado, nem no objeto próprio do contrato.

Logo, parte a petição inicial de uma falsa premissa, qual seja, a de que a única coisa que faz a autora é alugar caçambas, nada mais.

Ainda, pois, que se devesse acatar a decisão do colendo STF, invocada na inicial e na sentença e segundo a qual seria inconstitucional a inclusão de "locação de bens móveis" na lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, não se poderia considerar a autora inteiramente isenta do ISS. Haveria de se fazer a separação, em cada contrato, e em cada apuração do imposto devido, entre o

que era relativo a locação de bens móveis e o que era serviço propriamente dito.

Como isso não foi feito e, além do mais, sendo falsa a premissa em que se baseou a inicial, os pedidos da autora não poderiam ser julgados procedentes.

Pelo exposto, com a devida vênia da ilustrada Juíza sentenciante, dou provimento à segunda apelação e o faço para reformar a r. decisão de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Invertendo os encargos da sucumbência, condeno a autora a pagar as despesas do processo e os honorários do advogado da parte contrária, estes arbitrados, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$800,00.

Em consequência, julgo prejudicada a apelação da autora, primeira apelante.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E JULGARAM PREJUDICADA A PRIMEIRA.

CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - INOBSERVÂNCIA DE NORMAS ESTADUAIS - POSSIBILIDADE - EMPATE - PREFERÊNCIA PARA SERVIDORES INTEGRANTES DO QUADRO DE PESSOAL - ADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A NORMAS E REGRAS CONSTITUCIONAIS - ANULAÇÃO DO CERTAME - IMPOSSIBILIDADE

- Não se anula ato administrativo sem prova inequívoca de irregularidade e, de forma geral, não se declara sua nulidade se dele não advém prejuízo.

- A preferência, no caso de empate em concurso público, conferida a servidor que já integra o quadro de pessoal da entidade pública que realiza o concurso, não afronta os princípios e regras constitucionais, ao contrário, constitui postura que atende ao princípio da razoabilidade administrativa.

- Improcede o pedido de anulação do concurso público, se não restou caracterizada qualquer ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie, principalmente, não havendo comprovação de prejuízo para a Administração Pública e para os participantes do certame em virtude das disposições editalícias.

- Os instrumentos normativos editados pelo Estado não se aplicam a concurso promovido no âmbito municipal, em face da autonomia administrativa conferida aos entes federados integrantes da República Federativa do Brasil. Assim, os municípios podem fixar as disposições editalícias para reger concurso público para provimento de cargos no quadro de pessoal dos Poderes municipais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.089-2/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Ação civil pública - Realização de concurso público - Ausência de comprovação de irregularidades ou ofensa a princípios e regras constitucionais - Sentença confirmada. - A Constituição Federal de 1988 conferiu autonomia administrativa aos entes federados integrantes da República Federativa do Brasil. Quanto aos municípios, podem estabelecer, dentro de sua competência privativa, regramento jurídico próprio para a prática de atos atinentes aos seus interesses. Isso é o que ocorreu, aqui, onde se trata de fixação de disposições editalícias para reger concurso público para provimento de cargos no quadro de pessoal do Poder Executivo municipal. - Se não resta caracterizada, no caso dos autos, qualquer ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie, principalmente, não havendo comprovação de prejuízo para a Administração Pública e para os participantes do certame em virtude das disposições editalícias, não procede o pedido de anulação do concurso.

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 junho de 2003. -
Eduardo Andrade - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Marcelo Alegria.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 1.242-1.254, proferida no julgamento conjunto de ação civil pública e mandado de segurança, ajuizados com base no concurso público da Câmara Municipal de Uberaba, sob a alegação de irregularidades.

Constou da parte dispositiva da sentença o seguinte:

Diante do exposto, com fundamento no art. 37 da CF/88 e demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, na forma do art. 459 do CPC, julgo improcedente a presente ação civil pública aforada pelo Ministério Público desta Comarca, declarando regular o edital e o subsequente concurso público realizado pela Câmara Municipal de Uberaba. Custas, pelo Estado, sem verba honorária porque incabível

na espécie. Outrossim, julgo improcedente o mandado de segurança em apenso, impetrado por Tiago de Melo Ribeiro, por não vislumbrar direito líquido e certo a amparar. Deixo de atribuir ao impetrante a sucumbência processual porque indevida e também porque litiga sob o pálio da Justiça Gratuita (fl. 1.254).

Inconformado, o apelante sustenta que: devem ser excluídos da lide os candidatos peticionários na condição de litisconsortes assistenciais; foram bem definidos na exordial os fatos ensejadores das irregularidades ocorridas no concurso público promovido pela apelada, causando ofensa aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública; podem-se elencar as seguintes irregularidades: ausência de composição prévia da banca examinadora, realização das provas em períodos diferentes, inobservância do prazo mínimo de 5 (cinco) dias para inscrições, bem como do prazo entre a publicação do edital e início das inscrições (Decreto Estadual nº 34.706/93 e outros dispositivos normativos), as provas deveriam ser realizadas apenas após 15 dias do encerramento das inscrições, a publicação dos locais e horários das provas não ocorreu no órgão de imprensa oficial do Município, a divulgação do concurso não se deu de forma ampla, não houve menção à prova de títulos no preâmbulo do edital, afronta à impessoalidade e isonomia admitir como título apenas tempo de serviço de servidores estáveis da Câmara Municipal; conforme dispõe o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Uberaba, aplica-se subsidiariamente a legislação estadual nos pontos omissos.

Os apelados apresentaram contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 1.398 e seguintes).

Os autos foram enviados à Procuradoria de Justiça, tendo o douto Procurador, Dr. João Bastista da Silva, emitido parecer às fls. 1.588-1.595, declarando a desnecessidade de intervenção nos presentes autos.

Conheço do recurso interposto, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar.

O apelante pugna pela exclusão da lide dos candidatos aprovados no certame.

A preliminar não se sustenta.

Conforme verifco pelo disposto na sentença recorrida (fl. 1.246), os candidatos aprovados no

concurso foram integrados no processo na condição de assistentes, nos termos dos arts. 50 e 55 do CPC.

Rogata venia, é negável o interesse jurídico dos mesmos em que a decisão da lide lhes seja favorável, podendo, pois, intervir no processo como assistentes processuais, recebendo-o no estado em que se encontra.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora apelante, ajuizou ação civil pública em face da Câmara Municipal de Uberaba, visando à anulação de concurso público, alegando a existência de irregularidades na realização do certame violadoras dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que regem a atividade da Administração Pública.

O apelante insiste em afirmar que os casos omissos no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Uberaba se regem, subsidiariamente, pelas disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Minas Gerais e do Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, como também pelo Decreto 34.706/93 (Regulamento Geral de Concursos Públicos para Investidura em Cargos ou Empregos Públicos).

Permissa maxima venia, a meu entender, os instrumentos normativos mencionados, inclusive o Decreto nº 34.706/93, não se aplicam ao concurso promovido no âmbito municipal. Sendo de se ressaltar, ainda, que o referido decreto regulamenta apenas os concursos públicos de órgãos da Administração direta e indireta do Estado de Minas Gerais, não se estendendo aos órgãos diretos e indiretos dos seus municípios.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 conferiu autonomia administrativa aos entes federados integrantes da República Federativa do Brasil. Quanto aos municípios, podem estabelecer, dentro de sua competência privativa, regramento jurídico próprio para a prática de atos atinentes aos seus interesses. Isso é o que ocorreu, aqui, onde se trata de fixação de disposições editalícias para reger concurso público para provimento de cargos no quadro de pessoal do Poder Executivo municipal.

Ainda que assim não fosse, não vislumbrei qualquer irregularidade no certame, não restando

configurada qualquer ofensa à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais aplicáveis à espécie elencadas pelo recorrente.

Ora, conforme verifco pelo documento de fl. 41, a criação e a composição da comissão do concurso foi regularmente publicada através do Decreto Legislativo Municipal nº 058, havendo possibilidade, pois, de os candidatos averiguarem a existência de qualquer impedimento no tocante à participação de algum dos componentes da comissão no referido concurso.

Quanto ao período de realização das provas, o fato de existirem dois horários diferentes para as provas, por si só, não afronta o princípio da isonomia ou da moralidade administrativa, mormente quando não restou provado que as provas aplicadas no primeiro turno foram repetidas para os candidatos que prestaram o exame em segundo turno.

Quanto aos prazos e forma de publicação dos atos relativos ao certame, mostraram-se razoáveis, bem como não restou demonstrado ofensa aos princípios da moralidade e eficiência administrativa em virtude da aplicação das disposições editalícias nesse ponto. Ora, como bem ressaltou o douto Sentenciante, não se pode falar em prejuízo para os candidatos e para a própria efetivação do concurso, se se constata que, após a publicação do edital, foram realizadas em torno de 4.000 (quatro mil) inscrições para o concurso e poucos foram os recursos administrativos interpostos pelos candidatos.

Quanto aos títulos, o fato de não constar do preâmbulo do edital previsão para o cômputo dos mesmos não houve prejuízo para os candidatos, visto que o item 6 do edital mencionou expressamente o fato de que determinados títulos seriam considerados para efeito de classificação dos candidatos (fl. 386).

No que concerne aos títulos, vale destacar, ainda, que não vejo como considerar que o cômputo de tempo de serviço de servidor estável do Município possa caracterizar ofensa à impessoalidade e isonomia administrativas (item 6 do edital, fl. 386). Nem mesmo o critério de desempate, que dá preferência a servidor da Câmara Municipal, afronta os princípios e regras constitucionais, ao contrário, dar preferência, no caso de empate, a funcionário que já integra o quadro de pessoal da Câmara Municipal constitui postura que atende ao princípio da razoabilidade administrativa.

Por fim, permito-me destacar parte da fundamentação da sentença recorrida, com cujo entendimento compartilho e integro à presente fundamentação:

Em conclusão final, ao se analisar o edital de fls. 41/43, não se encontra vício comprometedor: os prazos e a publicidade foram razoáveis e regulares, tanto é que se inscreveram mais de 4.000 candidatos (fl. 253), com maciço comparecimento e número expressivo de aprovações (fls. 389/515, fls. 649/782, fls. 956 e fls. 965/977); os conteúdos programáticos das questões objetos de indagação nas provas escritas estão discriminados na publicação do jornal de fls. 45, datado de 28 de maio de 2001. O fato dessa publicação ter ocorrido 3 dias após o Edital inicial, em nada prejudica os candidatos. Esse conteúdo programático mostra-se regular e adequado e contra ele nada foi alegado; a contratação da empresa incumbida de planejar e executar o concurso foi regular e também contra essa empresa nada foi alegado. Ademais, essas contratações nada têm de anormal, mesmo porque a Administração Pública, mor das vezes, não sabe como fazer concurso público e nem tem tempo para cuidar disso, diretamente; o posterior exame físico e mental dos aprovados, eliminatório, para a admissão, é absolutamente normal e voltado para o princípio da eficiência; por fim, a reserva de 20% das vagas para os portadores de necessidades especiais é o exato cumprimento da Lei Municipal nº 6.776/98.

Registre-se, por adequado ao tema, que os atos administrativos praticados têm em seu prol a presunção de regularidade. Por isso, não se anula ato administrativo praticado sem prova inequívoca de irregularidade. E, de forma geral, não se declara nulidade se não há prejuízo. Tudo isso somado, nos leva a concluir que o concurso público levado a efeito pela Câmara Municipal de Uberaba, ainda que não erigido

USUCAPÃO - ALEGAÇÃO DO ESTADO DE SE TRATAR DE TERRAS DEVOLUTAS - ÔNUS DA PROVA QUE COMPETE AO ESTADO - POSSE PACÍFICA E ININTERRUPTA POR MAIS DE 20 ANOS - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

- Cabe ao Estado, em ação discriminatória, provar que as terras, objeto de usucapião, são devolutas, se é ele quem aduz fato impeditivo do direito pleiteado, mormente porque a ausência de transcrição do imóvel no Registro de Imóveis não gera presunção *iuris tantum*, em favor do ente público, de que toda área que não seja particular é pública.

- É de se julgar procedente o pedido de usucapião fundado em prova segura de posse pacífica e ininterrupta por mais de 20 anos, exercida com *animus domini*, e não restando demonstrado que o imóvel usucapiendo integra o patrimônio do Estado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 238.841-1/00 - Comarca de Paracatu - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de usucapião - Prova da posse com *animus domini* por aproximadamente 35 anos - Alegação do Estado de se tratar de terras devolutas - Ônus da prova que compete ao Estado - Procedência do pedido - Sentença mantida. - Em

de modelo de perfeição em relação à forma, foi regular e deve ser preservado (sic, fls. 1.253-1.254).

Vale colacionar, ainda, recente julgado deste egrégio Tribunal de Justiça, onde se analisou questão semelhante à destes autos, também referente a concurso público realizado na Comarca de Uberaba. Vejamos:

Ementa: Civil pública - Liminar indeferida por ausência de prejuízo - Ausência de irregularidade no certame - Recurso desprovido (Apelação Cível nº 302.025-2, Relator Des. José Francisco Bueno, publicado no DJMG em 14.03.2003).

Desse modo, não restando caracterizada no caso dos autos qualquer ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie, principalmente, não havendo comprovação de prejuízo para os participantes do certame em virtude das disposições editalícias, não procede o pedido de anulação do concurso.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

ação discriminatória, cabe ao Estado provar a alegação de que as terras sejam devolutas, uma vez que a falta de transcrição do imóvel no registro não gera presunção *iuris tantum* de que toda área que não seja de propriedade do particular, seja pública.

Havendo prova segura de posse pacífica e ininterrupta por aproximadamente 35 anos, exercida com *animus domini*, e não restando demonstrado que o imóvel usucapiendo integre o patrimônio do Estado, correta a sentença que julgou procedente o pedido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de abril de 2003. - Schalcher Ventura - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Conheço do reexame necessário, embora não manifestado pelo MM. Juiz, bem como do recurso voluntário.

Trata-se de ação de usucapião extraordinário movida por Maria Gonçalves de Souza, relativo a um imóvel rural situado no lugar denominado "Fazenda do Poço D'água", no Município de Paracatu-MG, com área de 48,12,50 hectares, alegando que mantém a posse mansa, pacífica e ininterrupta, por mais de 35 anos.

O MM. Juiz julgou procedente o pedido, declarando, por sentença, em favor da autora, o domínio do imóvel descrito na inicial e, não se conformando, o Estado de Minas Gerais recorreu. Alega que a aquisição de imóvel público, por usucapião, é vedada pela CF/88. Afirma ser notório o domínio estatal sobre referidas terras; que caberia à autora, e não ao Estado, comprovar, nos termos do art. 333, II, do CPC, que a terra deixou de fazer parte do patrimônio público, tendo o laudo pericial concluído pela devolutividade das terras em questão.

Correta a sentença.

Analisando as provas constantes dos autos, não restam dúvidas sobre o direito da autora, ora apelada, em obter, em seu favor, a declaração de usucapião do imóvel descrito na inicial. O laudo pericial afirma não ter havido transferência do imóvel para particulares, junto a Cartórios de Registros, como também conclui pela inexistência, na região, de terras devolutas. Referido laudo também afirma ser comum na região a existência de terras sem inscri-

ção no Registro Imobiliário, e por fim, que a autora está na posse do imóvel há mais de trinta e oito anos, explorando a área com lavouras de milho, pés de bananas e animais (fls. 97/99).

E não somente através do laudo pericial, mas também pelos depoimentos testemunhais (fls. 117/119), ficaram evidenciados os limites da área usucapienda e a posse mansa e pacífica, com *animus domini*, por lapso temporal superior a vinte anos.

Pelo disposto no art. 333 do CPC, o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo autor cabe ao réu. E, conforme bem salientou a il. Promotora de Justiça,

No caso vertente, quem pleiteia a prestação jurisdicional a seu favor é a apelada, e quem aduz fato impeditivo do direito constante na inicial é o apelante, razão pela qual, segundo o dispositivo legal mencionado, cabe a este último fazer prova do domínio público da referida área.

Sobre o tema é válida a transcrição do seguinte julgado do col. Supremo Tribunal Federal:

Usucapião. Alegação de Estado-membro de que cabe ao usucapiente o ônus da prova de que a gleba em causa não é terra devoluta, não bastando, para comprová-lo, o depoimento de testemunhas, e a existência de indícios. Inexiste em favor do Estado a presunção *iuris tantum* que ele pretende extrair do art. 3º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Este texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda gleba que não seja particular é pública, havendo presunção *iuris tantum* de que as terras são públicas. Cabia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto. Recurso extraordinário não conhecido (RE nº 86.234/MG Relator Ministro Moreira Alves; j. em 12.11.76; DJU de 31.12.76 - RTJ, 83/575).

Assim vem entendendo, também, este Tribunal:

Ação discriminatória - Terras devolutas - Estado - Ônus da prova - Presunção. - Em ação discriminatória, ao Estado cumpre provar a afirmação de que as terras são devolutas, uma vez que a falta de transcrição do imóvel no registro não gera presunção *iuris tantum* de que toda área que não seja particular é pública. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário (TJMG - AC 198.279-2/00 - 4ª C.Civ. - Rel. Des. Almeida Melo - j. em 29.03.2001).

Dispensando-me de colacionar outros julgados dos nossos tribunais no mesmo sentido, tenho

que direito assiste à apelada, no presente caso, uma vez que não restou demonstrado, em momento algum, que o imóvel usucapiendo integra o patrimônio do Estado.

Por outro lado, há, nos presentes autos, prova segura de posse pacífica e ininterrupta por aproximadamente 35 anos, exercida com *animus domini*, demonstrada a boa-fé do possuidor. Dessa forma, outra não poderia ser a decisão monocrática, senão a de declaração de aquisição do domínio por parte da autora, posto que em consonância com a regra insculpida no art. 550 do Código Civil.

Quanto aos honorários advocatícios, fixados em R\$1.000,00, tenho por corretamente determina-

dos, em consonância com o § 4º do art. 20 do CPC, levando-se em consideração o trabalho realizado pela advogada da autora, nos vários anos em que se estende a presente ação.

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

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

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

POSSESSÓRIA - ÁREA DE SERVIDÃO CONSTITUÍDA EM FAVOR DE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - CONSTRUÇÃO IRREGULAR NA FAIXA DE SEGURANÇA DA LINHA DE TRANSMISSÃO DE ELETRICIDADE - PEDIDO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - ACOLHIMENTO - POSSEIRO DE MÁ-FÉ - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

- É de se manter a sentença que julgou procedente a ação possessória ajuizada pela concessionária de energia elétrica decorrente de construção irregular promovida por terceiro na faixa de segurança de linha de transmissão de eletricidade.

- Provada a posse de má-fé daquele que constrói irregularmente na faixa de segurança de linha de transmissão de eletricidade, em área de servidão constituída em favor de concessionária de energia elétrica, descabe indenização pela edificação intentada. Isso porque a indenização pela construção realizada em terreno alheio somente é cabível no caso de possuidor de boa-fé; se de má-fé, a nada terá direito, podendo ser obrigado a desfazer o que houver feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.528-3/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Ação possessória - Construção irregular: edificação efetivada, em parte, na faixa de segurança da linha de transmissão da Cemig - Alegada boa-fé do possuidor - Pretensa indenização por benfeitorias - Construção no terreno que equivale à acessão - Artigos 63, 516 e 517 do Código Civil - Sentença de procedência - Recurso desprovido. - Mantém-se sentença de procedência de ação possessória intentada pela Cemig decorrente de construção irregularmente promovida, eis que, em parte, dentro da faixa de segurança da linha de transmissão da autora, não se havendo que falar, lado outro, em indenização por benfeitorias úteis, cabível na hipótese de ser evidenciada a boa-fé do possuidor.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - Pedro Henriques - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os prespostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação cível (fls. 89/93-TJ) contra r. sentença (fls. 83/87-TJ) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda, Falências, Concordatas e Registros Públicos da Comarca de Contagem que julgou procedente a "ação de manutenção de posse" movida pela

Companhia Energética de Minas Gerais-Cemig contra Waldete Alves Brandão.

Na inicial (fls. 02/04-TJ), alega a autora/apelada ser legítima possuidora de uma área de terreno situada no Bairro Sapucaia, no Município de Contagem, "em razão da servidão correspondente à faixa de segurança da linha de transmissão de Energia Elétrica denominada Betim 3 - Neves 1 instalada no local, constituída, conforme Escritura Pública autenticada em anexo, para instalação" (sic, fl. 02-TJ), afirmando ter havido invasão de tal área pelo réu/apelante, que construiu barraco no local, o que é incompatível com a instalação elétrica ali existente, razão pela qual roga pela expedição de mandado liminar de manutenção de posse, condenando-se a parte adversa a demolir citado barraco, cominando-se pena para o caso de nova turbação, além do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

O d. Magistrado a quo assevera não existir prova segura da turbação praticada, sendo conveniente a justificação prévia do alegado, daí que designa audiência (fl. 17-TJ), em que são tomados depoimentos de testemunhas (fls. 23/24-TJ), apresentando o réu/apelante alegações, por escrito (fls. 25/26-TJ), rejeitando o Julgador a preliminar de incompetência do Juízo e indeferindo o requerimento de reintegração liminar (fls. 21/22-TJ), bem como o pedido de tutela antecipada.

Seguem-se contestação (fls. 43/47-TJ), impugnada (fls. 55/58-TJ), requerendo o réu a produção de prova testemunhal, furtando-se de apresentar os quesitos (fl. 69-TJ), com o que prejudicado o pedido (fl. 70-TJ); sobrevindo audiência de instrução e julgamento (termo de fls. 76/81-TJ), são ouvidas testemunhas (fls. 71 e 74-TJ), produzidas, na oportunidade, as alegações finais.

Na r. sentença (fls. 83/87-TJ), o d. Magistrado a quo afirma estar claro que parte do imóvel edificad pelo réu está dentro da faixa de segurança protegida pela servidão administrativa constituída em favor da autora, pontificando que o pedido de indenização e de retenção pelas benfeitorias não pode ser acolhido, daí que julga procedente a inicial, determinando a restituição da área, no prazo de trinta dias, devendo o réu promover o desfazimento da obra, sob pena de a autora fazê-lo, podendo esta cobrar o respectivo custo.

Inconformado, o réu recorre (fls. 89/93-TJ), alegando ter adquirido a área de boa-fé, desconhecendo os impedimentos e restrições para as edifica-

ções naquele local, pleiteando, assim, pela reforma da r. sentença ou o ressarcimento dos gastos que teve com a edificação da morada.

A apelada oferece contra-razões (fls. 96/98-TJ), pugnando pela manutenção da sentença, sob o argumento de que restou comprovado que o apelante sabia do impedimento de construir sob a faixa de domínio da Cemig, não se podendo falar em boa-fé e não havendo a possibilidade de indenização.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 101/102-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 103-TJ).

Da análise de todo o processado, tem-se que deve ser desprovido interposto recurso.

Senão vejamos.

Diz o apelante, em razões recursais, que

restou provado, especialmente pelos depoimentos das testemunhas arroladas, que sob a mesma linha de transmissão, acham-se edificados inúmeros barracos até mais importantes que o do Apelante. Casas e mais casas, incontáveis construções encontram-se ali, sem o menor respeito à faixa de servidão constituída (sic, fl. 89-TJ),

dizendo, ainda, que,

frequêntador habitual da região, há mais de dez anos, sempre se deparou com edificações 'na faixa de servidão da Cemig'. Não conheceu uma pessoa sequer que tivesse sido dali desalojada, tampouco da existência de qualquer procedimento judicial contra elas, intentado pela empresa estatal ou por quem quer que seja.

(...) a boa fé, no direito possessório, se presume (...) (sic, fl. 90-TJ),

e que,

se avisado fora o Apelante sobre os óbices da construção o foi, na melhor das hipóteses, somente em setembro de 2000. Quando já concluída ou em fase de conclusão a casa. É que somente naquele mês, os fiscais da Apelada estiveram no local (sic, fl. 91-TJ).

daí que entende fazer jus à indenização pelas benfeitorias produzidas, sustentando serem hábeis para aferição do quantum despendido os recibos trazidos aos autos, requerendo o provimento do recurso para reforma da sentença, julgando-se improcedente a ação, ou para ser ressarcido pelos gastos que sofreu na edificação intentada.

Pois bem.

Quanto à necessidade de preservação da posse da autora/apelada, dúvida não há, tanto porque evidenciada ser a Cemig possuidora da área de terreno localizada no Bairro Sapucaia, no Município de Contagem, correspondente à faixa de segurança na linha de transmissão de energia elétrica denominada Betim 3 - Neves 1, instalada no local, como porque demonstrado que a construção promovida por Waldete Alves Brandão se encontra, parcialmente, dentro da área citada, tal como sentenciado (fls. 7/11, 15/17, 23/24-TJ).

A bem da verdade, embora, ao final das razões recursais, haja o pedido de que seja reformada a sentença, para julgar improcedente a ação, ou haja o ressarcimento dos gastos promovidos pelo apelante, tem-se que a argumentação desenvolvida, naquela oportunidade, é muito mais no sentido de embasar o último dos pedidos feitos, daí por que defende a boa-fé com que efetuada a construção e toma por suficientes os orçamentos e recibos juntados aos autos, inclusive, em nome de outrem, a fim de que receba indenização pelas - como denomina - benfeitorias efetuadas.

Diz o Código Civil:

Art. 516. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção.

Art. 517. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, mas não lhe assiste o direito à retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias,

venindo-se, também, que:

Art. 63. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º. São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa.

§ 3º. São necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore.

Ensina CÉSAR FIÚZA:

A regra é bastante simples. O possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado por todas as benfeitorias necessárias e úteis.

(...) Se, em vez de benfeitorias, cuidar-se de acessões imobiliárias (plantações e edificações), aplicam-se as normas dos arts. 545 e seguintes. Repetindo o que dissemos anteriormente, são acessões imobiliárias todas as edificações e plantas que se agregarem ao solo artificialmente. Passarão a pertencer ao proprietário do terreno, que é o bem principal.

Mas e se quem construir ou plantar não for o dono da terra? Como ficaria sua situação?

A resposta dependerá da boa-fé ou da má-fé de que estiver imbuído.

Se alguém plantar, semear ou construir em terreno alheio perderá em favor do proprietário as plantas, sementes e construções, mas fará jus a indenização, se houver obrado de boa-fé. Se de má-fé, a nada terá direito, podendo ser obrigado a desfazer o que houver feito, além de indenizar todo e qualquer prejuízo. (Direito Civil - Curso Completo, de acordo com o Código Civil de 2002, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 871).

sendo certo que se, a bem do rigor técnico, as acessões se distinguem das benfeitorias, àquelas aplicam-se disposições semelhantes, daí por que, equiparadas, possível a indenização por ambas, conforme o caso.

No caso dos autos, entretanto, tem-se que nada deve ser indenizado, em face de todo o conjunto probatório produzido; como diz o Magistrado a quo, com propriedade:

na versão trazida pelo Réu não se verifica a boa-fé exigida pelo Código Civil para o deferimento do pedido de indenização. E, mesmo que tivesse sido erroneamente informado pela Autora da dimensão de sua faixa de domínio, conforme alega no item 2 da contestação (o que não restou demonstrado, registre-se), no plano possessório está evidente aquele erro inescusável ao qual alude Silvio Rodrigues, dada a notória ilicitude contida na utilização da *res publica* para fins particulares.

Por tais motivos, o alegado direito à indenização ou à retenção pelas benfeitorias não pode ser acolhido, ao contrário do pedido de desfazimento da obra (fl. 86-TJ),

entendimento que ora se encampa.

É o réu/apelante, mesmo quem diz, quando da contestação, que, "sabendo o requerente que nos fundos do terreno passava uma linha de transmissão de energia elétrica da Cemig (...)" (fl. 43-TJ), por onde se vê que não ignorava tal questão, pretendendo embasar sua boa-fé no fato de "haver constatado, nas circunvizinhanças, várias e várias edificações

erguidas sob a mesma linha de transmissão" (fl. 44-TJ), admitindo, lado outro, que "a incúria, a leniência da autora para com esses prédios, fora determinante na sua decisão de também ali edificar" (sic, fl. 45-TJ).

Destacam-se, no particular, os depoimentos dos fiscais de linha de transmissão, em que dizem, expressamente, que:

A faixa de domínio está bem delimitada por piquetes (...); que existe placa indicativa informando o tamanho da faixa de domínio; que de um modo geral há respeito pela faixa de domínio, apesar de haver dois casos de invasão (fl. 78-TJ);

que a faixa de segurança da autora está bem marcada e delimitada na região onde se situa a casa do réu; que a faixa de domínio em questão possui vinte e oito metros de extensão, sendo quatorze de cada lado a partir do eixo médio; que a construção mostrada à fl. 9 está situada nos fundos de um lote que dá frente para a Rua Quatro (...) (fl. 79-TJ),

admitindo, também, a testemunha arrolada pelo réu/apelante, Beatriz Miranda (fl. 80-TJ), que a construção efetuada ultrapassa a linha divisória do lote em questão.

Assim, não há como se admitir a boa-fé do apelante.

Mas, ainda que assim não fosse - o que se admite tão-somente por amor ao debate -, vê-se que, no momento oportuno, não logrou o réu/apelante, comprovar, como deveria, alegados e efetivos gastos com a edificação, sendo certo que a prova pericial, por ele própria requerida, restou prejudicada, em face de seu evidente desinteresse em apresentar os quesitos (fl. 70-TJ), tendo-se limitado a juntar, com a contestação, orçamentos efetuados em nome de "Luiz Carlos" (fls. 48/53-TJ), segundo assevera, seu empregador; assim, não só não se trata de documentação hábil a comprovar os gastos efetivamente

empreendidos como também, se gastos houve, ficaram a cargo de outrem...

E, mais, há que se registrar, como se não bastasse, que, ainda que, admitidos como tendo sido efetuados pelo apelante os gastos que dos orçamentos juntados constam - orçamentos, e, não, recibos ou notas fiscais, repita-se -, em nada, absolutamente nada levam ao "total aproximado de R\$4.000,00 (quatro mil reais)", como, na oportunidade, afirmara... (fl. 45-TJ).

Daí por que, por qualquer ângulo que se analise a questão, não se há como prover interposto recurso.

Decidiu-se, em hipótese assaz similar, neste Tribunal de Justiça:

Ação possessória. Faixa de segurança, objeto de servidão constituída em favor de concessionária de serviço de energia elétrica para passagem de linha de transmissão. Indevida edificação, nela, por terceiro, para a exploração de indústria de laticínios. Sentença acolhedora de pedido de manutenção de posse. Recurso do demandado, insistindo na obtenção de ressarcimento à conta de edificação de boa-fé. Desprovimento (Apelação Cível nº 172.678-5/00, Comarca de São João Del-Rei, Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira, j. em 13 de junho de 2000).

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, na forma da lei, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

EXECUÇÃO FISCAL - OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - QUESTIONAMENTO DE SUA REGULARIDADE - DEFESA DO EXECUTADO - EMBARGOS DO DEVEDOR - RECURSO - PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE - DUPLA APELAÇÃO - NÃO-CONHECIMENTO DA SEGUNDA

- Cada provimento judicial desafia, em conformidade com o princípio da unirrecorribilidade, apenas um recurso, salvo o caso de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário. Assim, hostilizada a mesma sentença por duas apelações, a segunda não pode ser conhecida.

- A objeção de pré-executividade consiste num incidente processual que tem sido admitido em caráter excepcional, desde que envolva interesse público e esteja cabalmente provado que a dívida não existe ou

já foi extinta. Se houver necessidade de dilação probatória para demonstrar que o credor não pode executar o devedor, inadmissível é a exceção de pré-executividade, cabendo ao devedor defender-se, nesse caso, por intermédio de embargos.

- O questionamento acerca de regularidade na constituição de crédito tributário somente pode ser deduzido em embargos do devedor, sendo inviável a objeção de pré-executividade, porque a matéria não se insere em tema de interesse público e desafia dilação probatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.283-6/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Remessa oficial e apelação cível voluntária - Princípio da unirrecorribilidade - Dupla apelação - Não-conhecimento da segunda - Execução fiscal - Objeção de pré-executividade - Requisitos não satisfeitos - Sentença reformada - Recurso voluntário prejudicado. - 1. Pelo princípio da unirrecorribilidade, cada provimento judicial desafia apenas um recurso, salvo o caso de interposição simultânea de recursos especial e extraordinário. - 2. Hostilizada a mesma sentença por duas apelações, a segunda não pode ser conhecida. - 3. A objeção de pré-executividade tem sido admitida em caráter excepcional e desde que, sem necessidade da dilação probatória, esteja cabalmente provado que a dívida não existe ou já foi extinta. - 4. O questionamento acerca de regularidade na constituição de crédito tributário somente pode ser deduzido em embargos do devedor porque é tema que desafia dilação probatória. - 5. Segunda apelação não conhecida. - 6. Remessa oficial e primeira apelação voluntária conhecidas. - 7. Sentença reformada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 08 de maio de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Caetano Levi Lopes* - Em juízo de admissibilidade, verifico que foram interpostas pela apelante voluntária duas apelações.

Anoto que o Código de Processo Civil em vigor adotou o princípio da unirrecorribilidade. Assim,

não é possível a interposição de mais de um recurso sobre a mesma decisão. É o que ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, em *Instituições de Direito Processual Civil*, edição atualizada, São Paulo: Millennium, 2000, v. IV, p. 52:

O art. 809 do Código de Processo Civil de 1939 adotava dois princípios em matéria de adequação de recurso: o 'primeiro é o princípio da unirrecorribilidade'; o segundo, o 'princípio da variabilidade dos recursos', mediante o qual a interposição não liga o recorrente ao recurso, nem lhe impede outras interposições.

Já dizia Paula Batista que 'não se podem exercer cumulativamente dois recursos contra a mesma sentença', lição aceita pelo Código de Processo Civil de 1939, ao declarar, no citado art. 809, que a parte pode variar de recurso dentro do prazo legal, 'não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso'.

A unirrecorribilidade da sentença significa que a mesma questão não pode ser objeto de dois recursos simultâneos. Não se aplica o princípio, no entanto, se se trata da hipótese descrita no art. 498 do Código vigente.

Apenas merece ressalva a hipótese de interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial, quando for o caso.

Portanto, não conheço da segunda apelação. Conheço da remessa oficial e do primeiro recurso voluntário porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelante voluntária ajuizou ação de execução fiscal contra o apelado lastreada na certidão de dívida ativa de fl. 3. O apelado arguiu objeção de pré-executividade (fls. 56/65) aduzindo que o título que embasou a execução não se reveste de certeza e liquidez. Pela r. sentença de fls. 40/45 o incidente foi acolhido.

Entende a credora tributária que o crédito foi regularmente constituído.

A objeção de pré-executividade, conforme se sabe, consiste num incidente processual que não está previsto no Código de Processo Civil em vigor. Todavia, em situações excepcionais e que envolvam interesse público tem sido admitido incidentalmente porque atende ao princípio da economia processual. É o que esclarece NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, em *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.187:

O primeiro meio de defesa de que dispõe o devedor no processo de execução é a exceção de executividade. Admite-se quando desnecessária qualquer dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor. Daí ser exceção de executividade, e não de pré-executividade: o credor não tem execução contra o devedor. Denomina-se exceção porque instrumento de defesa de direito material, que contém matérias que o juiz somente pode examinar a requerimento da parte. São arguíveis por meio de exceção de executividade: a prescrição, o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (adimplemento, compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação etc.), desde que demonstráveis *prima facie*. Havendo necessidade de dilação probatória para que o devedor possa demonstrar a existência da causa liberatória da obrigação, ou a prescrição da eficácia executiva do título que aparelha a execução, é inadmissível a exceção de executividade. Nesse caso o devedor, caso queira defender-se, terá de assegurar o juízo e ajuizar ação de embargos do devedor.

Ainda sobre o tema ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em *Curso de Direito Processual Civil*, 33. ed., Forense: Rio de Janeiro, 2002, v. II, p. 266:

Entre os casos que podem ser cogitados na exceção de pré-executividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o privam da força executiva, como por exemplo, as

questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva.

É uma questão de lógica e bom senso. Se o processo de execução somente pode ter curso dentro da fiel observância de suas condições legais, evidente é que não pode o juiz condicionar a objeção pertinente a estas preliminares à realização dos atos executivos.

(...) O que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versá-la sobre questão de fato ou de direito documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade. As matérias de maior complexidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis dentro do procedimento regular dos embargos.

A matéria aduzida pelo apelado - constituição irregular do crédito tributário - não se insere em tema de interesse público e desafia dilação probatória, posto que a eficácia do título em execução está sendo questionada. Portanto, só pode mesmo ser deduzida em embargos do devedor. A objeção é inviável e desafia rejeição.

Com estes fundamentos, em reexame necessário, reformo a sentença de primeiro grau para indeferir o incidente processual de exceção de pré-executividade. Em consequência, determino o prosseguimento da execução.

Custas, pelo apelado.

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

O Sr. Des. *Rosaura Vieira Júnior* - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO. EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - CUMULAÇÃO COM PETIÇÃO DE HERANÇA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - APOSSAMENTO DOS BENS - RETIFICAÇÃO DA PARTILHA NOS AUTOS DO INVENTÁRIO OU ARROLAMENTO

- A procedência do pedido de herança, como decorrência do sucesso da investigação de paternidade, possui o efeito de desconstituir a eventual partilha nos autos do inventário, independentemente da ação anulatória. Não obstante, o efeito anulatório da partilha anterior não tem o condão de constituir novos pagamentos aos herdeiros de seus respectivos quinhões, o que se deve fazer nos autos do inventário ou arrolamento, através de simples retificação. Daí por que não procede a pretensão do autor vitorioso naquela demanda de se apossar materialmente da sua cota-parte hereditária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 327.384-4/00 - Comarca de Matozinhos - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Investigação de paternidade e petição de herança - Pedido julgado procedente - Outros efeitos pretendidos pela autora, com relação ao apossamento dos bens integrantes de seu quinhão - Via própria - Retificação da partilha, anulada em decorrência do acolhimento da petição de herança - Apelação improvida.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de maio de 2003. - José Francisco Bueno - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de apelação, objetivando a reforma da r. sentença de grau inferior, proferida na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança que a recorrente moveu contra os recorridos e que, apesar de favorável à sua pretensão, deixou de determinar a entrega material, pelos demandados, dos bens que integram seu quinhão hereditário.

Sustenta a apelante, em síntese, que, reconhecido o seu direito à herança, não se há falar, conforme entendido na decisão hostilizada, de outra via processual, para se apossar dos bens que lhe cabem.

Não há contrariedade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Do essencial, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço da apelação.

Percebo, preambularmente, que o feito teve tramitação no Juízo da Comarca de Matozinhos, enquanto o inventário dos bens do investigado correu pela 4ª Vara de Sucessões da Comarca de Belo Horizonte, fls. 21/26, desatendido, assim, o art. 96 do CPC.

Inobstante tratar-se de incompetência absoluta e que desafia declaração de ofício pelo juiz, não

houve qualquer alegação denunciando-a e nem há prejuízo para as partes ou ofensa à ordem pública, recomendando a economia processual o aproveitamento do feito e da decisão, cujos efeitos podem transferir-se ao juízo do inventário, mediante simples certidão.

Neste sentido decidiu o eg. STJ:

Apesar de reconhecer que em se tratando de incompetência absoluta deve a mesma ser decretada de ofício pelo magistrado, no entanto, no presente caso, tal atitude vai totalmente de encontro aos princípios ordenadores da economia e celeridade processual. Primeiro, porque, como afirmado, as partes legítimas em nada se manifestaram a respeito; segundo, a presente ação foi ajuizada em novembro/1997, há cinco anos. Remetendo-se os autos à Justiça Estadual para que se inicie novo confronto processual, estar-se-ia decretando um alongamento desnecessário na entrega da prestação jurisdicional, até porque o mérito da ação já foi definitivamente apreciado e decidido, com o respectivo trânsito em julgado do acórdão (EERESP 357.263-SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 3.10.2002, DJU de 04.11.2002).

Assim, relevo a prefacial.

No mérito, a r. sentença não merece qualquer modificação.

Por óbvio, a procedência do pedido de herança, como decorrência do sucesso da investigação de paternidade, possui o efeito de desconstituir a eventual partilha nos autos do inventário, independentemente de ação anulatória, consoante iterativa jurisprudência.

Processual e Civil. Cumulação de pretensões. Desnecessidade de ação de nulidade para desconstituir partilha em ação de investigação com petição de herança. Prescrição vintenária da ação de herdeiro reconhecido. Matéria de fato. - I. Viável é a cumulação de pretensões, desde que as ações cumuladas o sejam dentro do rito ordinário. Desnecessário é ajuizar-se ação de nulidade de inventário, quando o herdeiro reconhecido em investigação de paternidade não participou da partilha, sendo nesta, terceiro estranho. A prescrição é de vinte anos, quando herdeiro não citado no inventário, a este não foi chamado. - II. Matéria de fato não se reexamina em Especial (Súmula 07-STJ). - III. Recurso não conhecido. (STJ, 3ª Turma, REsp 33.858-3-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 28.11.95, DJU de 5.2.96.)

Apesar disso, o só efeito anulatório da partilha anterior não tem o condão de constituir novos pagamentos aos herdeiros de seus respectivos quinhões, o que se deve fazer nos autos do inventário ou arrolamento, através de simples retificação.

Dai por que não procede a pretensão da apelante, com relação ao apossamento material da sua cota hereditária.

Colhe-se, a propósito, o julgado:

Julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente. A execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa

julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário (art. 472, CPC) (STJ, 4ª Turma, REsp 16.137-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 21.5.95, DJU de 27.3.95).

Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

Isento de custas.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

INVENTARIANTE - SONEGAÇÃO DE BENS - ARGÜIÇÃO - MOMENTO OPORTUNO

- O inventariante somente pode ser argüido de sonegação após as últimas declarações, momento no qual ele afirma inexistirem outros bens a inventariar.

AGRAVO Nº 300.297-9/00 - Comarca de Almenara - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: O momento no qual o inventariante declara que não existem outros bens a inventariar é nas últimas declarações, a partir de quando, então, poderá ser aduzida a sonegação de bens.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - Carreira Machado - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cássio Ferreira Sampaio e sua mulher à decisão trasladada às fls. 11-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Almenara nos autos do inven-

tário de Edna Ferreira Sampaio, que indeferiu requerimento dos autores para que o inventariante fosse intimado a dizer se havia outros bens a inventariar.

Sustentam os agravantes que em nenhum momento requereram a remoção do inventariante e que a prestação de contas não precisa obedecer ao procedimento especial do art. 914 do CPC, pois é um mero procedimento administrativo do inventário, podendo ser realizado nos próprios autos. Alegam ainda que a sonegação de bens só pode ser aduzida após o inventariante dizer se existem ou não outros bens.

A decisão agravada decidiu apenas sobre a intimação do inventariante para dizer se existem outros bens a serem inventariados, sob pena de remoção. Cumpre salientar que o agravo tem efeito devolutivo restrito à questão decidida pelo pronunciamento contra o qual se recorreu; nada mais compete ao Tribunal apreciar, em conhecendo do recurso.

Dispõe o art. 1.011 do CPC que:

Aceito o laudo ou resolvidas as impugnações suscitadas a seu respeito lavrar-se-á em seguida o termo de últimas declarações, no qual o inventariante poderá emendar, aditar ou completar as primeiras.

Nas últimas declarações "poderão ser emendadas, aditadas ou complementadas as declarações iniciais, atendendo a fatos novos ou erros e omissões cometidos pelo inventariante" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 281).

O momento no qual o inventariante declara que não existem outros bens a inventariar é nas últimas declarações, a partir de quando, então, poderá ser aduzida a sonegação de bens, como, aliás, já entendeu o STJ:

Ementa: Recurso especial (cf. art. 105, III, a; Código Civil, arts. 1.782 e 1.777; CPC, arts. 4º, 267, VI). Recurso de que não se conhece por incorrer negativa de vigência ou contrariedade a lei. É admissível ação declaratória para reaver sonegados, pois pressupõe pretensão à sentença, e não à execução (CPC, art. 4º; Código Civil, art. 1.782). Tanto o CPC (art. 994) como o Código Civil (art. 1.784) marcam

EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO INCOMPLETA - PARALISAÇÃO DO PROCESSO - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA REPRESENTAR OS DEVEDORES - NULIDADE RECONHECIDA

- Extrapola os limites da Lei Processual e da Lei nº 1.060/50, o deferimento de assistência judiciária e a nomeação pelo juiz, *ex officio*, de defensor público ao devedor que não se manifestou e nem sequer foi citado por nenhuma das formas previstas em lei, para atuar nos autos de execução fiscal a pretexto de viabilizar a declaração de prescrição da execução, que, por sua vez, também não poderia ser feita de ofício, por contrariar o disposto no art. 219, § 5º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.508-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Execução fiscal - Citação incompleta - Paralisação do processo - Nomeação de defensor público para representar os devedores - Nulidade reconhecida. - Na execução fiscal, não efetivada a citação dos devedores, mormente o principal, por nenhuma das formas previstas em lei, é vedado ao julgador, deferir *ex officio* a assistência judiciária com nomeação de defensor ao réu, a pretexto de viabilizar a declaração de prescrição da execução, que, por sua vez, também não pode ser feita de ofício, por força do disposto no art. 166 do Código Civil de 1916 e art. 219, § 5º, do CPC.

Acórdão

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

o momento processual a partir do qual está caracterizada a sonegação em que o ilícito se consuma, ou seja, nas últimas declarações. O cônjuge-meio ou comparte em algum bem comum, com o de cujus e depois com os herdeiros, responde passivamente a ação de sonegados (REsp 52-CE, Relator Min. Gueiros Leite, DJ de 18.09.1989, p. 14.663).

Saliente-se, ainda, que a remoção de inventariante possui procedimento especial a ser observado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyarco Immesi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

O PROCESSO DE OFÍCIO A PARTIR DE FL. 108 E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - Corrêa de Marins - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Trata-se de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra Bar Toldo Ltda. e os coobrigados Danilo Alves da Silva e Delson Alves da Silva, representados por curador especial, por débitos municipais inadimplidos, referentes ao exercício de 1994.

Os devedores coobrigados foram citados, não sendo encontrados bens passíveis de penhora, fl. 89-v., não sendo citado o devedor principal. A Fazenda Pública requereu a suspensão do processo, fl. 96, o que lhe foi deferido, fl. 98. Paralisado o feito, após

mais de um ano, o MM. Juiz, por constatar a falta de representação dos executados nos autos, antes mesmo de complementadas as citações, determinou "que o Defensor Público responsável pela 6ª Vara dos feitos da Fazenda Pública Municipal se manifeste nos autos, no prazo de 10 dias". Este se manifestou, requerendo a declaração da prescrição da execução fiscal, pedido este que foi impugnado pela exequente, fls. 110/112, mas acatado pelo MM. Juiz *a quo*, no sentido de reconhecer a prescrição intercorrente dos créditos tributários anunciados pela cda, fl. 05, nos exatos termos do art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, extinguindo-se a execução, sem submeter o processo ao reexame necessário, por força do art. 475, § 2º, do CPC.

Inconformado, recorre o Fisco municipal, fls. 119/126-TJ, alegando em preliminar a ilegitimidade passiva da Defensoria Pública para manifestar nos autos, taxando de "inusitada e incabível intervenção da Defensoria Pública", pelo que deve ser reformada a r. sentença. Afirma ainda que a defesa em processo de execução, dá-se somente mediante embargos do devedor.

No mérito, sustenta que deve prevalecer o comando da Lei 6.830/80 sobre o disposto no art. 174 do CTN a respeito do prazo prescricional da execução fiscal. Além disso, afirma que o transcurso de eventual prazo prescricional, *in casu*, foi interrompido pela decisão que determinou a citação do devedor, nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Aduz mais, fazendo citações em abono a sua tese, que não se opera a prescrição intercorrente se a parte credora não foi exclusivamente responsável pela paralisação do feito, insurgindo-se, ao final, contra a sua condenação aos ônus sucumbenciais.

Registro que, em caso anterior no qual se verificou a citação por edital do eventual devedor, que não se manifestou, julguei pertinente a nomeação feita pelo mesmo MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, de defensor público, para atuar na condição de curador especial, pois assim preconiza o art. 9º, II, c/c art. 598, ambos do CPC, sendo ainda este o teor da Súmula 196 do STJ.

Neste caso, no entanto, observo uma peculiaridade: os executados coobrigados, embora citados, não compareceram aos autos, e o devedor principal nem mesmo foi citado. Apesar disso, o MM. Juiz, de ofício, nomeou o defensor público atuante naquela vara, para se manifestar nos autos, na qualidade de representante dos devedores, ao argumento de ser presumível a condição de pobreza dos mesmos, "pela não-contratação de profissional para a defesa de interesse tão rele-

vante". O defensor pugnou pela declaração da prescrição intercorrente da execução fiscal, fl. 109, o que foi acatado pelo MM. Juiz *a quo*, na r. sentença.

Tenho que esta iniciativa do douto Julgador *a quo* ao nomear, *ex officio*, defensor público, para representar o executado - embora louvável no sentido de pretender desafogar a Justiça - extrapolou os limites da Lei Processual e da Lei 1.060/50 (por não se tratar de citado por edital que permaneceu revel). A tão-só inexistência de citação do devedor principal já macularia o feito de nulidade; aliada ao fato de ter sido nomeado defensor com o deferimento de assistência judiciária, sem qualquer manifestação dos interessados, mas tão-somente a pretexto de viabilizar a declaração da prescrição, de forma também *ex officio*, a conduta processual se mostra temerária, por contrariar o disposto nos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do CPC.

Nesses casos, devemos sempre levar em conta o teor da lição do grande CARLOS MAXIMILIANO:

Em geral a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo graças à interpretação larga e hábil; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Revista Forense, 18ª edição, 1998, p. 79/80.)

Vislumbro, pois, na espécie, a nulidade do processo a partir da fl. 108-TJ, quando da nomeação do defensor, por entendê-la indevida e irregular, além da impossibilidade de se decretar, de ofício, a prescrição, numa ação que versa direitos patrimoniais, por total incompatibilidade com os dispositivos legais citados.

A propósito: "É inadmissível a decretação, *ex officio*, da prescrição em execução fiscal" (STJ-RT, 714/247 e TSTJ, 69/237).

Pelo exposto, de ofício, decreto a nulidade do processo, a partir de fl. 108 (inclusive) e, em consequência, cassa a r. sentença, para determinar o prosseguimento da execução, na forma legal.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carneira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - ANULARAM O PROCESSO DE OFÍCIO A PARTIR DE FL. 108 E CASSARAM A SENTENÇA.

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA - FAZENDA PÚBLICA -
OBRIGAÇÃO DE FAZER - POSSIBILIDADE**

- A vedação legal de se promover execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública, prevista no art. 2º-B da Lei 9.494/97, não atinge a obrigação de fazer resultante da decisão que determina a publicação da efetivação do servidor público com base no art. 19 do ADCT. A lei processual, quanto à Fazenda Pública, só arreda a execução provisória nos casos de execução por quantia certa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.123-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública - Obrigação de fazer. - A vedação legal de se promover execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública prevista no art. 2º-B da Lei 9.494/97 não atinge a obrigação de fazer resultante da decisão que determina a publicação da efetivação do servidor público com base no art. 19 do ADCT.

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, 15 de maio de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Corrêa de Marins* - Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por Maria Elizabeth Ferreira Santiago contra decisão de fls. 83/84, que extinguiu, por impossibilidade jurídica do pedido, ação de execução provisória de sentença ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, ao argumento de que a pretensão da exequente encontra óbices no disposto no art. 2º-B da Lei 9.494, de 10.09.97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.01.

Irresignada, pretende a reforma da decisão, sustentando, pelas razões materializadas às fls. 93/102, que a execução provisória ajuizada encontra amparo nas disposições dos arts. 497 e 587 do CPC, porquanto o recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais foi recebido apenas no efeito devolutivo. Aduz ainda inexistência de vedação quanto à pretensão de execução provisória contra a Fazenda Pública, alicerçada nos julgados que transcreve e independen-

temente de caução, tendo em vista as inovações trazidas pela Lei 10.444/2002.

Na espécie, em ação ordinária ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, obteve a recorrida decisão judicial, reconhecendo sua estabilidade no serviço público estadual, nos termos do art. 19 do ADCT, confirmada em 2º grau (fls. 43/51). Inconformado com a decisão de 2ª instância, foi interposto pelo Estado de Minas Gerais recurso extraordinário (60/62) ao qual foi negado seguimento, cuja decisão se encontra combatida por meio de agravo de instrumento (fls. 64/68).

Extraída carta de sentença e ajuizada execução provisória de obrigação de fazer, com fulcro no art. 632 do CPC, para que o ente estatal providenciasse a "publicação, no Diário Oficial de Minas Gerais, a estabilidade no serviço público, de acordo com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal...", houve por bem o Magistrado de 1º grau em extinguir o feito, entendendo juridicamente impossível a pretensão da exequente, com amparo no art. 2º-B da Lei 9.494/97, que dispõe:

A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Não me parece que a situação dos autos incorra na vedação do dispositivo de lei citado, mas deve submeter-se às regras genéricas estabelecidas na lei processual civil em vigor.

Segundo redação do art. 542, § 2º, do CPC, os recursos extraordinários são sempre recebidos no efeito devolutivo, completando o art. 497 do CPC que a interposição dos recursos extraordinários e especiais não impede a execução de sentença, assim como a interposição do agravo de instrumento não interrompe o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558.

Assim, expressos os termos dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor que admitem a execução provisória de sentença não transitada em julgado em virtude de pendência de decisão em recurso extraordinário.

Neste sentido o posicionamento adotado no julgamento da Ap. 292.273-0/00, datado de 15 de outubro de 2002, em voto relatado pelo em. Des. Lúcio Urbano, que restou assim ementado:

Execução provisória - Poder Público - Procedibilidade. - É perfeitamente possível a execução provisória de sentença contra o Poder Público, mormente na hipótese de obrigação de fazer. A lei processual, quanto à Fazenda Pública, só arreda a execução provisória nos casos de execução por quantia certa.

No mesmo sentido:

Processual Civil - Agravo regimental - Execução contra a Fazenda Pública - Possibilidade de executar provisoriamente o julgado - Não-infringência aos arts. 730 e 741, V, do CPC - Precedentes.

- 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela agravante.

- 2. Acórdão a quo que deferiu expedição de carta de sentença, para a execução provisória do julgado.

- 3. A jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que o art. 730 do CPC não cria óbice à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública.

- 4. Não se pode prejudicar ainda mais o credor com a interpretação pretendida pela Fazenda.

- 5. Teses desenvolvidas pela agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

- 6. Agravo regimental improvido (STJ - AGA 396.626-SP, data: 18.02.2002, Rel. Min. José Delgado.)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Carreira Machado* - De acordo.

O Sr. Des. *Almeida Melo* - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - TERÇO DE FÉRIAS - INADIMPLÊNCIA - OBRIGAÇÃO LEGAL - ADMINISTRAÇÃO - AUSÊNCIA DE CAPACIDADE FINANCEIRA - IRRELEVÂNCIA - OBRIGAÇÃO DE DAR - MULTA DIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - CONTROLE DA LEGALIDADE

- O pagamento de verba devida ao funcionalismo público escapa ao simples juízo de conveniência e oportunidade da Administração, configurando, antes, obrigação legal da mesma, irradiando, a sua negativa, na seara do controle de legalidade da atividade administrativa, que pode e deve ser realizado pelo Poder Judiciário.

- Confessada a inadimplência relativa ao pagamento do terço de férias a servidor, tornando-se incontroversa a questão, devido é o pagamento, cabendo ao Judiciário, tão-somente, a condenação da Administração, sendo irrelevante o fato de a mesma não ter capacidade financeira de honrar a dívida, já que tal circunstância não extingue a obrigação.

- Deve ser indeferido o pedido de aplicação de multa diária nos casos em que a obrigação do município seja de dar, e não de fazer.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.601-8/00 - Comarca de Janaúba - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de abril de 2003. - *Emane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Emane Fidélis* - O adicional pleiteado pelo apelante tem previsão constitucional e legal. A condenação do apelado no pagamento de tal verba, portanto, não configura, *data maxima venia*, invasão na esfera de decisão de mérito administrativo, privativa da Administração Pública.

Com efeito, o pagamento de verba devida ao funcionalismo público escapa ao simples juízo de conveniência e oportunidade da Administração, configurando, antes, obrigação legal da mesma, irradiando, a sua negativa, na seara do controle de legalidade da atividade administrativa, que pode, e deve, ser realizado pelo Poder Judiciário.

Tendo sido confessada a inadimplência relativa ao terço de férias reclamado pelo apelante, tornando-se incontroversa tal questão, devido é o pagamento, cabendo ao Judiciário, tão-somente, a condenação da Administração, sendo irrelevante que a mesma não

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - BENS ADQUIRIDOS EM PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA - ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO - DISCUSSÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA SEPARAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- A ação de separação judicial litigiosa não é a via adequada para discutir direitos relativos a benfeitorias realizadas em imóvel adquirido antes do casamento se o conjunto probatório existente nos autos não é seguro o bastante para o julgamento de tais direitos.

- A ação de dissolução de sociedade de fato possui natureza diversa da ação de separação judicial, não podendo ser reconhecida, nem realizada a partilha dos bens, nos próprios autos da separação, devendo a questão ser discutida em ação própria.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 261.671-2/00 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de separação judicial litigiosa - Bens adquiridos em período anterior ao casamento - Alegação da existência de sociedade de fato - Discussão pretendida nos próprios autos da separação - Impossibilidade por ausência de prova robusta - Discussão a ser realizada em ação própria. - A ação de dissolução de sociedade de fato possui natureza diversa da ação de separação judicial litigiosa. Não havendo prova segura de que os bens adquiridos antes do casamento se deram com recursos exclusivos de uma das partes, a discussão quanto a este direito deve seguir por ação própria.

tenha capacidade financeira de honrar a dívida, já que tal circunstância não extingue a obrigação.

O pedido de aplicação de multa diária, no entanto, não pode prosperar, já que, no caso, a obrigação é de dar, e não de fazer, devendo o apelante buscar os meios legais para o recebimento do crédito aqui reconhecido.

Com estes fundamentos, pedindo vênha, mais uma vez, à douta Juíza sentenciante, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença, julgando procedente o pedido e determinando seja feito o pagamento, nos termos da petição inicial.

Custas, pelo Município-apelado

É o meu voto.

O Sr. Des. *Sérgio Lellis Santiago* - De acordo.

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

Súmula - DERAM 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 AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. -
Schalcher Ventura - Relator.

Notas taquigráficas

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

Cuida-se de ação de separação judicial litigiosa movida por S.F.A. em face de M.V.A., cujo pedido foi julgado procedente, decretando a separação do casal por culpa do requerido.

Não se conformando, o réu apelou, requerendo, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de fls. 152/156. No mérito, afirma possuir direito de ver partilhado o imóvel, posto que o prédio foi construído com seus próprios e exclusivos recursos, sem qualquer contribuição da apelada. Pretende, ainda, caso julgado improcedente seu pedido, sejam os honorários advocatícios reduzidos de 04 para 02 salários mínimos, em face da simplicidade da causa e ao tempo mínimo exigido para a realização do serviço.

Agravo retido.

Alega o requerido que o despacho de fls. 137/138 desprezou toda a prova documental carreada aos autos, ao pré-julgar a questão, afirmando ser o imóvel em litígio de propriedade exclusiva da autora. Assim, entende que o indeferimento das provas requeridas impediu a prestação jurisdicional, implicando decretação de nulidade do processo, a partir da instrução.

Pretende a reforma da decisão agravada, a fim de serem deferidas todas as provas por ele requeridas, bem como para reconhecer que a dissolução da sociedade de fato implica partilha de bens nestes próprios autos.

Razão não lhe assiste.

Conforme se vê à fl. 137, último parágrafo, o despacho agravado deferiu a produção de provas requerida pelo recorrente, às fls. 41/42. Na ocasião, o réu indicou as provas que julgou conveniente produzir, sendo que tal pedido, repita-se, não foi indeferido pelo MM. Juiz. Na audiência realizada no dia 16.03.2001 (fl. 161), o procurador do recorrente compareceu após a oitiva das testemunhas, desistindo da prova oral requerida.

A alegação do réu de que na data da construção do imóvel já havia restado configurada a sociedade de fato entre si e a autora, é questão a ser discutida em ação própria. A uma, porque a ação de dissolução de sociedade de fato possui natureza diversa da ação de separação judicial litigiosa. A duas,

porque o conjunto probatório existente nos autos não é seguro o bastante a fim de atribuir apenas ao réu o direito a todas as benfeitorias realizadas no imóvel, conforme pretendido.

O despacho agravado tratou devidamente da questão, assim decidindo:

Em sendo assim, a compensação pelas benfeitorias que o requerido afirma ter edificado no imóvel da autora nada tem a ver com a presente ação de separação, ficando a ele ressalvada a faculdade de postular os direitos pelos meios e vias que entender adequados.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

Apeação.

Restou demonstrado nos autos que o autor abandonou a residência do casal, tendo convivido com outra mulher, com a qual, afirmam as testemunhas, relacionou-se amorosamente.

Tal fato em momento algum nos autos foi negado pelo apelante, que se insurge tão-somente quanto ao direito à meação das benfeitorias realizadas no imóvel em litígio. Quanto a essa questão, pelo que consta dos autos, não há como se aferir, seguramente, tenham as benfeitorias sido realizadas com recursos exclusivos do apelante.

Muito embora existam vários documentos em nome do requerido, que demonstram gastos com construção, tais provas, quando analisadas em conjunto com os demais elementos de prova, não conduzem à certeza do direito pretendido. Necessário se faz, para tanto, seja conduzida a discussão para a via adequada, onde as partes poderão discutir livremente e com maior amplitude a participação de cada qual nas benfeitorias existentes no imóvel.

O julgado do STJ trazido aos autos pelo apelante trata de questão diversa, onde restou "satisfatoriamente comprovada a comunhão de esforços", sendo, portanto, devida a partilha do imóvel entre os cônjuges (fl. 197), não sendo esta a hipótese destes autos.

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios, não os vejo fixados de forma elevada, tampouco desproporcional ao trabalho desenvolvido pelo patrono da autora. Por esse motivo, entendo devam ser mantidos no valor de 4 (quatro) salários mínimos, tendo sua fixação ocorrido em consonância ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO
AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

DIREITOS AUTORAIS - COBRANÇA - ECAD-ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - AUSÊNCIA DE FILIAÇÃO OU AUTORIZAÇÃO DOS AUTORES - IRRELEVÂNCIA - MUNICÍPIO - CESSÃO DE LOCAL PARA ESPETÁCULO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - OBRAS MUSICAIS EXECUTADAS PELOS SEUS PRÓPRIOS AUTORES - CARÁTER LUCRATIVO - INCIDÊNCIA

- O Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dispõe de legitimidade para ajuizar ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente da autorização ou prova de filiação desses ao escritório.

- O município que cede local a terceiros, para realização de espetáculo musical, responde solidariamente com os organizadores do espetáculo pelo pagamento dos direitos autorais, conforme dispõe o art. 110 da Lei nº 9.610/98.

- Cabe o pagamento de direitos autorais relativos a espetáculo realizado ao vivo que se reveste de caráter lucrativo, mesmo quando as obras musicais sejam executadas pelos seus próprios autores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.450-4/00 - Comarca de Corinto - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de cobrança de direitos autorais - Local cedido pelo município para realização do evento - Responsabilidade solidária. - Com base no art. 110 da Lei 9.610/98, responde solidariamente com os organizadores do espetáculo, pela violação dos direitos autorais, o proprietário do local onde as obras musicais são executadas.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de maio de 2003. -
Schalcher Ventura - Relator.

Notas taquigráficas

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

Trata-se de ação ordinária de cobrança de direitos autorais movida pelo Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição contra a Prefeitura Municipal de Corinto.

A MMª Juíza julgou improcedente o pedido, por entender que o fato de a Prefeitura ter cedido o local para apresentação do espetáculo não coloca o município como sujeito passivo da ação.

Não se conformando, o autor recorreu, alegando que, nos termos do art. 110 da Lei 9.610/98, há solidariedade do réu na responsabilidade pelos direitos autorais, sendo, portanto, incontestável a legitimidade passiva. Aduz, ainda, serem devidos os direitos autorais, mesmo quando as obras são executadas pelos próprios autores; que inexistiu permissão prévia e expressa de todos os autores e co-autores das obras musicais executadas; que não houve a devida valoração do conjunto probatório.

Em contra-razões, o apelado arguiu preliminar de ilegitimidade ativa do apelante para reclamar possível débito em nome de terceiros e reafirma sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que todas as obras executadas foram de autoria e interpretação do próprio autor, conforme constatado no laudo de fl. 21.

Preliminar de ilegitimidade ativa do Ecad.

Referida preliminar não procede. O Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição se consolidou como arrecadador e distribuidor de direitos autorais, representando os autores em todo o território

nacional, sendo esta a única entidade que fiscaliza e cobra direito autoral em favor de seus credores, distribuindo em todo o País a receita auferida a esse título em decorrência de utilização pública por parte de diversos tipos de usuários das obras musicais.

O eg. STJ assim se posicionou:

I - O Ecad é parte legítima para ajuizar ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente de autorização ou prova de filiação destes (REsp 251.717/SP, DJ de 11.11.2002, p. 210, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Rejeito, portanto, esta preliminar.

A legitimidade passiva do Município de Corinto, para a causa, dá-se em razão do disposto no art. 110 da Lei 9.610/98, *in verbis*:

Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem, solidariamente, com os organizadores dos espetáculos.

Aplicando o dispositivo citado ao caso concreto, verifica-se claramente o enquadramento do réu nas hipóteses ali elencadas, sendo que o próprio município afirma, à fl. 113-TJ, que cedeu o Ginásio Poliesportivo da cidade para a realização do espetáculo, fato incontroverso nos autos. Dessa forma, não pode o réu eximir-se da responsabilidade solidária na realização do evento idealizado por terceiros, no caso, Adib A. Penna Jr.

Com razão o apelante, quando pleiteia direitos autorais mesmo quando as obras musicais são executadas pelos próprios autores. Tal entendimento já se encontra consolidado pelos Tribunais Superiores, cuja decisão faço transcrever, por pertinente (STJ - RE 363.641/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes):

- 1. Cabível é o pagamento de direitos autorais relativos aos espetáculos realizados ao vivo, não se confundindo com os direitos conexos, podendo o Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição cobrá-los, independentemente do cachê recebido pelos artistas e da prova da filiação.

- De fato, o que ali se contém não confina a cobrança dos direitos autorais à retransmissão, mencionando os espetáculos ao vivo. E assim tem de ser. O artista cobra o seu cachê para cada apresentação em público; mas, tal remuneração nada tem a

ver com os direitos autorais das músicas que vai cantar, ainda que estas sejam de sua autoria. A interpretação excludente das instâncias ordinárias, na verdade, levou em conta os direitos conexos e esqueceu dos direitos autorais. Os primeiros, na dicção de Carlos Fernando Mathias de Souza são os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, 'são todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore' (Direito Autoral, Brasília Jurídica, 1988, p. 46).

- Nessa direção é a jurisprudência da Corte que, em outras ocasiões, considerou devido o pagamento dos direitos autorais, em ações ajuizadas pelo Ecad, relativos aos espetáculos ao vivo organizados pelo Poder Público, como demonstrado no especial. No REsp nº 79.821/RS, de que fui Relator para o acórdão, DJ de 16.6.97, entendeu a Terceira Turma 'que, no caso, havendo cobrança de ingresso e pagamento dos artistas, não há fundamento para a dispensa do pagamento dos direitos autorais'; nos Embargos de Divergência no REsp nº 111.991/ES, da minha relatoria, DJ de 26.6.00, destacou a ementa que o 'Poder Público deve pagar os direitos autorais relativos aos espetáculos organizados em local público, com a participação remunerada dos artistas, salvo se o evento for de caráter beneficente, com a colaboração espontânea dos titulares de direitos autorais'.

Dessa forma, não há qualquer fundamento legal que desobrigue o município ao pagamento dos direitos autorais. A uma, porque o evento se revestiu de caráter lucrativo, ainda que apresentado pelo próprio autor das obras musicais. A duas, porque, não obstante ter o evento sido promovido por um particular, o fato de o apelado ter cedido o local para a realização do espetáculo o coloca como responsável solidário pelo pagamento dos direitos autorais, conforme dispõe a Lei 9.610/98.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o Município de Corinto ao pagamento dos direitos autorais no valor de R\$1.091,74, devidamente corrigidos no percentual de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado, invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, pelo apelado.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E
DERAM PROVIMENTO.

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - ART. 145, II, DA CF/88 - ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE - REQUISITOS CONSTITUCIONAIS - AUSÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE - COBRANÇA JUNTO COM A CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DA ENERGIA POR FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO - IMPOSSIBILIDADE

- É inconstitucional a taxa de iluminação pública cobrada junto com as contas de energia elétrica da Cemig, porque o serviço de iluminação das ruas e logradouros aproveita a toda a comunidade de forma generalizada, carecendo dos requisitos da especificidade e divisibilidade constantes do art. 145, II, da CF/88.

- É inadmissível a suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento de tributo municipal.

APelação CÍVEL Nº 281.509-0/00 - Comarca de Lambari - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Taxa de iluminação pública - Inconstitucionalidade - Cobrança juntamente com a conta de energia elétrica - Impossibilidade. - A taxa de iluminação pública é inconstitucional porque o serviço de iluminação carece dos requisitos constitucionais de especificidade e divisibilidade.

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, 07 de abril de 2003. - Roney Oliveira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Miguel Alves Thomé contra ato atribuído ao Prefeito Municipal de Lambari, consistente na cobrança de taxa de iluminação pública juntamente com as contas de energia elétrica da Cemig.

A segurança foi concedida na decisão de fls. 27/31, sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada com a adversa decisão, apela a Prefeita Municipal de Lambari, alegando que o convênio firmado com a Cemig para a cobrança da taxa de iluminação pública é a melhor forma de garantir o adimplemento dos contribuintes com a referida taxa.

Da análise dos autos, observa-se que a sentença guerreada não está a merecer qualquer reparo.

De fato, tem o impetrante o direito líquido e certo de ver afastada a cobrança da taxa de iluminação pública vinculada à conta de energia elétrica da Cemig.

A CF/88, em seu art. 145, II, estabelece que os municípios poderão instituir taxas em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Não é, pois, qualquer serviço que autoriza a cobrança de taxas, devendo ser observados os requisitos constitucionais.

No caso da iluminação pública, não há como considerar presentes os requisitos da especificidade e da divisibilidade.

A iluminação das ruas e logradouros é um serviço que aproveita a toda a comunidade, de uma forma generalizada, sendo impossível a apuração do proveito individual de cada cidadão.

No mesmo sentido já se manifestou este egrégio Tribunal em várias oportunidades, valendo como exemplo a seguinte ementa:

Direito Constitucional e Tributário - Taxa de iluminação pública - Inexistência de divisibilidade e especificidade - Art. 145, II, CF e art. 79, II e III, CTN. - A taxa de iluminação pública é inconstitucional, em razão da inexistência dos requisitos constitucionais de especificidade do serviço público prestado a tal título, essenciais à sua configuração, exigíveis para a configuração das taxas, nos termos do art. 145, II, CF, e art. 79, II e III, CTN (TJMG - Proc. nº 238.345-3/00 - Rel. Des. Célio César Paduani - acórdão publ. no dia 17.5.2002).

Lado outro, inadmissível o corte no fornecimento de energia elétrica pela falta de pagamento do tributo municipal.

Como confessa a autoridade coatora, o convênio com a Cemig é uma forma de garantir o adimplemento da obrigação tributária sem a necessidade de ajuizamento das competentes execuções fiscais.

Pelo visto, a cobrança do tributo se faz através de ameaças de corte no fornecimento de energia, ante a impossibilidade de separação das parcelas cobradas no momento do pagamento.

Pelo exposto, confirmo a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

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

DANO MORAL - PUBLICAÇÃO OFICIOSA EM JORNAL LOCAL - PRETENSÃO À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O COMPORTAMENTO DE AGENTES PÚBLICOS E O DANO - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

- Não conduz à indenização, pelo Estado, a publicação oficiosa, em jornal local, de fato objeto de inquérito elaborado pela Polícia Civil. Se comentários impertinentes fossem feitos, hábeis a macular a honrabilidade de alguém, haveria de ser o jornal o responsável pelo ressarcimento do dano moral, e não o Estado, à mingua de nexo causal entre o comportamento dos seus agentes e o dano.

APelação CÍVEL Nº 294.555-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Indenização - Dano moral - Publicação oficiosa em jornal local - Pretensão à responsabilização do Estado - Ausência de nexo causal - Inviabilidade da pretensão indenizatória. - Não conduz à indenização, pelo Estado, a publicação oficiosa, em jornal local, de fato objeto de inquérito elaborado pela Polícia Civil. Se comentários impertinentes fossem feitos, hábeis a macular a honrabilidade de alguém, haveria de ser o jornal o responsável pelo ressarcimento do dano moral, e não o Estado, à mingua de nexo causal entre o comportamento de seus agentes e o dano.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - Hyparco Immesi - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi o recurso de apelação interposto em ação ordinária ajuizada por Antonelline Gonçalves Rio contra o Estado de Minas

Gerais, com o escopo de ver-se indenizado por danos morais, ao argumento de que teve abalado o seu bom nome profissional, sua honra e sua imagem.

A r. sentença objurgada (fls. 154 *usque* 157), prolatada pelo valoroso Magistrado Dr. Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que "para configurar a responsabilidade objetiva, necessária se faz a relação de causalidade entre o comportamento e o mal causado...", e ainda, " ... que a Constituição Federal, (...), assegura a todos o direito à informação e, via de consequência, uma imprensa livre...".

Inconformado, recorre Antonelline (fls. 166/176) às seguintes alegações:

a) que o apelante tem um nome quase exclusivo, não podendo ser confundido com outra pessoa;

b) que "... as acusações contra o autor incidiram diretamente sobre sua pessoa, causando grande constrangimento e prejuízo. Atualmente, mesmo não tendo sido provado nada contra sua pessoa, o autor (apelante) tem registrado uma punição administrativa em sua ficha, devido aos acontecimentos, conforme documento de fl. 79 deste processo" (fl. 167);

c) que teve sua carreira prejudicada pela vinculação de seu nome a crimes, e sua credibilidade comprometida;

d) que "... depois dos acontecimentos, já foi movimentado dentro da corporação por duas vezes" (fl. 168);

e) que, conforme os documentos de fls. 14, 109 e 110, o autor é fotógrafo, no começo das atividades, deixando de realizar trabalhos em decorrência do que foi veiculado na imprensa;

f) que, conforme documentação de fl. 13, o autor estava investindo nas atividades da aviação comercial, com vistas a nela ingressar, quando passasse para a reserva, no que também será prejudicado no futuro;

g) que, apesar de informações negativas contra o apelante, a pessoa referida pela Polícia Civil nas investigações foi ouvida e depois liberada, demonstrando que não havia indícios contra sua pessoa (dele, apelante). Ainda assim, a Polícia deixou que seu nome fosse passado para a imprensa como o principal suspeito, sem provas materiais;

h) que, à época dos fatos, o autor disputava as eleições municipais em Vespasiano, obtendo apenas 20 votos e, mesmo não podendo afirmar que as venceria, tendo o episódio lhe causado prejuízo, por residir no Município há 18 anos, e goza de grande prestígio junto aos seus moradores;

i) que o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil estatui que o ônus da prova caberá ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O referido dispositivo legal relaciona-se ao seu caso, razão pela qual deveria o Estado, pelo menos, demonstrar que o apelante, ainda que minimamente, estivesse envolvido em qualquer ilícito;

j) que o Estado agiu negligentemente, pois não realizou com a devida cautela os procedimentos investigativos, quando da abordagem, em público, do apelante. Há total ausência de nexos entre a pessoa dos homicidas e a sua, sendo que até hoje o criminoso não apareceu, ou, pelo menos, o Estado (Polícia Civil) não foi à imprensa falar acerca da prisão do criminoso;

k) que a controvérsia da lide não foi o fato de ter o nome do apelante sido noticiado na imprensa, mas o fato de ter a Polícia Civil se valido de pessoa

estranha à corporação, e, assim, preparado flagrante contra o autor (flagrante preparado).

Há contra-razões (fls. 178/186).

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Selma Maria Ribeiro Araújo (fls. 194/197) justifica a não-apresentação de parecer.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso voluntário, este próprio e tempestivamente ajuizado.

É da doutrina que

... responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (Celso Antônio). Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (RUI STOCO, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 4ª ed.).

Segundo o jurista CRETELLA JÚNIOR,

... havendo dano e nexos causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Ed. Saraiva, SP, fl. 105), de modo que somente a força maior ou a culpa da vítima exonerariam a Administração da obrigação reparatória.

In haec specie, como salientado pelo culto Juiz, Dr. Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, "... para configurar a responsabilidade objetiva, necessária se faz a relação de causalidade entre o comportamento e o mal causado. Isto quer dizer que, para o caso, necessário se faz demonstrar que agentes do Estado informaram a imprensa sobre o caso; ou de que houve permissão, por parte da autoridade policial, de que aquela tivesse acesso ao inquérito ou ao depoimento" (fl. 155). E acrescenta: "... as provas dos autos não concluem para nenhuma das duas hipóteses mencionadas" (...). "... As conjecturas são inúmeras, entretanto, não se pode condenar o Estado a pagar uma indenização por mera suposição, ainda que ela seja factível" (fl. 155).

À colação, coadunável aresto:

Indenização - Danos morais - Inocorrência - Notícia em periódico - Mera divulgação sobre crime - Inocorrência de ofensa e gravame - Ausência de referência particular ao autor - Recurso não provido.

- Inocorre dano moral quando a notícia, em periódico, limita-se a narrar os fatos tais como ocorridos, abstendo-se de conjecturas ou comentários duvidosos (TJSP - 7ª C - Ap. 238.970-1 - Rel. Des. Benini Cabral - j. em 15.02.95).

No que tange ao direito à informação, o ilustre Juiz Pedro Marcondes dá ênfase a que

... a Constituição Federal, nos seus arts. 5º, XIV, e 220, caput e § 1º, assegura a todos o direito à informação e, via de consequência, uma imprensa livre, tanto que, caso os jornais divulgassem o fato de ter sido ouvido novo suspeito dos homicídios, fazendo,

com malícia, comentários impertinentes, de forma a macular a honra da pessoa, eles é que seriam responsáveis pelo ressarcimento do dano ao autor, e não o Estado, de acordo com a Súmula 21 do STJ...

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR PÚBLICO - READMISSÃO - CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE

- A readmissão de servidor público não concursado é ato que se opõe à sistemática constitucional vigente, por não se compatibilizar com as formas de acesso a cargo público previstas no art. 37 da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.642-5/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Servidor público - Readmissão. - A readmissão de servidor público não concursado é ato que se opõe à sistemática constitucional vigente, por não se compatibilizar com as formas de acesso a cargo público previstas no art. 37 da Constituição Federal. Nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - Almeida Melo - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A sentença de fls. 156/158-TJ julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R\$300,00, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Sustenta o apelante, em síntese, que o ato de sua exclusão dos quadros da Corporação Militar está eivado de vício insanável em face da efetiva preterição das formalidades legais, porque lhe foram negados o contraditório e a ampla defesa. Diz que o instituto da readmissão não pode ser interpretado como eliminado do mundo jurídico (fls. 159/166-TJ).

A Constituição Federal, no inciso II, do art. 37, exige a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargos ou empregos públicos, em decorrência dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade consagrados no caput do mesmo art. 37.

Na espécie, pretende o recorrente, com a aplicação do disposto na Lei nº 5.301/69 e Resolução nº 3.119/94, o deferimento de sua inclusão, após a regular aprovação em concurso público, nos quadros da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Tenho que razão não lhe assiste.

É que, conforme já reiteradamente decidido, as normas que previam o provimento derivado na Polícia Militar não foram recepcionadas pela atual Carta Magna, já que o concurso público é meio democrático de recrutamento de pessoal para a Administração, propiciando igual oportunidade para todos.

A readmissão não mais pode ocorrer. E qualquer preceito a ela relativo, como por exemplo o limite de idade, também não pode ser aplicado, pois, como já dito, contraria a exigência de aprovação em concurso público.

Examinando as formas de investidura no exercício do cargo, emprego ou função, doutrinariamente conhecidas, especialmente aquelas relacionadas ao provimento derivado, a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO preleciona:

Com a nova Constituição, esse rol ficou bem reduzido em decorrência do artigo 37, II, que exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967:

- 1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em cargo público, a atual impõe a mesma exigência para cargo e emprego; só não faz referência à função, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso;

- 2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.

A readmissão era o ato discricionário pelo qual o funcionário exonerado e, segundo alguns Estatutos, também o demitido, reingressava no serviço público.

A reversão era o ato pelo qual o funcionário aposentado reingressava no serviço público; podia ser a pedido ou *ex officio*, esta última hipótese ocorrendo quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez.

A transposição era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno;

no Estado de São Paulo, está prevista nos artigos 22 a 28 da Lei Complementar nº 180, de 12.5.78.

Nos três institutos, o provimento independe de concurso público, não podendo ser considerado como tal o procedimento de seleção utilizado na transposição, uma vez que, nesta, as vagas são destinadas a essa forma de provimento, excluindo a participação de terceiros, como o exigiria o concurso público.

Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, neste último caso, a reversão *ex officio*, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria (art. 35, § 6º, do Estatuto Funcional de São Paulo - Lei nº 10.261, de 28.10.68). O servidor reassume para poder completar os requisitos para aposentadoria (*Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999, p. 390).

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Servidor público. Readmissão. CF/88, art. 37, II. - Após a promulgação da CF/88, não há direito à readmissão no serviço público, sem o devido concurso público - Art. 37, II (ROMS nº 4.358/PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ 29.03.1999, p. 193).

Nem se diz que, quando da realização do novo concurso, perante o 2º BPM, deveria ter-se respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa no ato de sua exclusão, uma vez que o apelante somente participou dele mediante o deferimento de liminar em mandado de segurança, conforme ele próprio afirma na petição inicial (fl. 05-TJ).

Certamente, com a denegação da segurança, ocasionou seu imediato desligamento, cabendo, apenas, à Polícia Militar cumprir a referida decisão.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Hyparco Immesi* - De acordo.

O Sr. Des. *Audebert Delage* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

GUARDA DE MENOR - FAMÍLIA SUBSTITUTA - REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA - FORMAÇÃO PSICOLÓGICA - INTERESSE DO MENOR - PROTEÇÃO

- O art. 19 da Lei nº 8.069/90 disciplina que, entre os direitos expressamente assegurados à criança, se inclui o da convivência com os pais, não se colocando o menor em família substituta, quando se verifica que se encontra integrado ao seio de sua família, sendo-lhe dispensados todos os recursos materiais de que necessita, bem como o carinho e a estada em ambiente adequado à sua formação moral. O interesse do menor há de ser protegido em face dos constantes conflitos e animosidades envolvendo os familiares, os quais têm tido reflexos diretos no comportamento do menor, necessitando, assim, de uma segurança emocional e orientação firme e estável na sua formação psicológica e educacional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 291.783-9/00 (em conexão com a de nº 261.392-5) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Civil - Guarda - Menor - Família substituta - Regulamentação do direito de visita - Formação psicológica - Interesse a ser protegido. - O artigo 19 da Lei nº 8.069/90 disciplina que, entre os direitos expressamente assegurados à criança, se inclui o da convivência com os pais, não se colocando o menor em família substituta, quando se verifica que se encontra integrado ao seio de sua família, sendo-lhe dispensados todos os recursos materiais de que necessita, bem como o carinho e a estada em ambiente adequado à sua formação moral. O interesse do menor há de ser protegido, em face dos constantes conflitos e animosidades envolvendo os familiares, os quais têm tido reflexos diretos no comportamento do menor, necessitando, assim, de uma segurança emocional e orientação firme e estável na sua formação psicológica e educacional. 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, a unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - Almeida Melo - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Segismundo Gontijo Soares.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Tenho já a minha convicção formada, mas, diante da beleza plástica do pronunciamento do Dr. Segismundo Gontijo, me lembrei de alguns aspectos que aprendi com o Des. Oliveira Leite, que nunca esqueci. Vou ficar lembrando esses aspectos mais uma semana e vou pedir vista.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Corrêa de Marins) - O julgamento do feito foi adiado na sessão do dia 06.02.2003, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Meu voto serve para os dois recursos.

Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 194/197-TJ, que julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$1.200,00.

A apelante, às fls. 199/208-TJ, alega, em síntese, que a prova produzida evidenciou que os apelados jamais participaram do acompanhamento escolar, físico e social do menor e que este deve ficar sob sua guarda.

Contra-razões às fls. 214/217-TJ.

Em apenso, encontra-se a Apelação Cível nº 291.783-9, interposta por M.O.T. contra a decisão de fls. 144/146-TJ, que julgou improcedente o pedido de regulamentação de visitas.

Por existir conexão, os julgamentos serão realizados simultaneamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente leva em conta o bem-estar da criança e a garantia de sua integral proteção, de forma a afastar da convivência em situações difíceis, fazendo-se indispensável o respeito aos seus direitos indisponíveis, que constituem bem jurídico de mais alta relevância.

Entre os direitos expressamente assegurados à criança inclui-se o da convivência com os pais (art. 19 da Lei nº 8.069/90).

No caso, verifica-se que o menor, passado algum tempo de seu nascimento, foi deixado em companhia de sua avó paterna, como forma de ajudá-la a superar a depressão ocorrida após a morte de um filho, vindo ele, posteriormente, em vista das dificuldades financeiras dos requeridos, a morar com a apelante.

Há aproximadamente três anos encontra-se, novamente, vivendo com os seus pais.

Durante a sua permanência sob os cuidados da apelante, bem como de sua avó, ficou delineado, de forma clara, que jamais a criança deixou de ter convívio com os pais, conforme se vê pelos estudos sociais (fls. 29/34-TJ), nos depoimentos pessoais e na prova testemunhal coletados na audiência de instrução e julgamento (fls. 116/125 e 133/137-TJ).

Logo, não lhe foi acarretado o sentimento de abandono.

Tal sensação - como já dito - é decorrente da ajuda prestada à avó, bem como por problemas econômicos suportados, naquela oportunidade, pelos apelados.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que

a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.

Não há motivo plausível que desabone a conduta dos pais, a ponto de colocar o menor em família substituta.

Diferentemente, a criança encontra-se integrada ao seio de sua família, sendo-lhe dispensados, pelos apelados, todos os recursos materiais de que necessita, bem como o carinho e a estada em ambiente adequado à sua formação moral e psicológica, nos termos do estudo social de fl. 155-TJ.

Apesar de se constatar o interesse da apelante em ter a companhia do menor e do bom relacionamento afetivo existente entre eles, conforme ressaltaram os estudos sociais, é de se registrar que, como destacado pelo Sentenciante,

o menor foi deixado em companhia da avó paterna, a qual acabou contando com a ajuda da autora, porque os genitores do menor estavam com dificuldades econômicas. Portanto, apenas porque acreditavam

que o menor poderia ter melhor conforto e educação formal é que eles permitiram a permanência do filho em companhia da avó paterna e da autora. No entanto, jamais abdicaram das responsabilidades de pai e mãe, muito menos no que se refere ao afeto, amor e profundo carinho pelo filho (fl. 197-TJ).

Assim, ausentes os motivos relevantes, que justifiquem a exclusão do pátrio poder dos apelados.

Quanto ao pedido de regulamentação de visitas, interposto na Apelação Cível nº 291.783-9, também não vejo como acolher a pretensão da apelante.

É que se denotam efetivamente das provas constantes dos autos uma disputa e um desentendimento existentes entre os genitores do menor e sua tia, pela obtenção de sua guarda, a qual tem tido reflexos diretos na formação de seu caráter, no envolvimento com a família e no rendimento escolar.

De acordo com a conclusão do Ministério Público, *verbis*:

Cumprе ressaltar que o referido menor, ao que consta, está no começo da adolescência, fase esta que requer maior cuidado, atenção e um melhor direcionamento em sua educação.

A situação atual entre os pais e a requerente revela uma animosidade, o que poderá prejudicar a boa formação do adolescente, o qual necessita de uma orientação segura e firme, que será impossível no meio deste verdadeiro 'fogo cruzado' (fl. 129-TJ).

Este também foi o entendimento do Juiz da causa, que, ao julgar improcedente o pedido da medida cautelar incidental, assim consignou:

Na avaliação psicológica, foi observada a necessidade de definir o núcleo familiar para que o menor não tenha diversos e conflitantes modelos de comportamento.

Além disso, não há razão para o deferimento do pedido inicial, uma vez que, em seu depoimento de fl. 120, a autora afirma ter acesso regular ao menor (fl. 146-TJ).

Assim, a aproximação da apelante e do menor deve ser natural, não imposta por medida judicial.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Tive acesso aos autos e estou inteiramente de acordo com o voto do eminente Relator.

Na verdade, a maior prova de desamor a uma criança é essa incompreensível disputa pela sua guarda. Isso só acarretará prejuízos futuros à formação dessa criança. Nada se alegou contra a idoneidade dos pais biológicos da criança e nada existe, nos autos, que sugira algum óbice a que eles tenham a guarda deste menor.

Acompanho o Relator e nego provimento a ambos os recursos.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo com os votos proferidos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - PRESTAÇÕES - REAJUSTE - CRITÉRIOS - AÇÃO CONSIGNATÓRIA - DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - VIA ADEQUADA - PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VINCENDAS - NEGATIVA - PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO - POSSIBILIDADE - MORA - INOCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INEXISTÊNCIA

- Na ação consignatória que visa à solução de controvérsia entre as partes sobre o valor da prestação devida pelo consignante, inexistente óbice para que se discutam as cláusulas contratuais relativas ao tema em debate e sua melhor interpretação.

- Tendo os consignantes depositado em juízo os valores de prestações contratuais vencidas e sendo-lhes negado o pedido para depósito também das vincendas, é possível ajuizarem nova ação consignatória para depositarem as prestações futuras, não havendo falar-se em impossibilidade jurídica do pedido, pois não se encontram em mora.

- Os reajustes nos contratos de financiamento celebrados sob o plano de equivalência salarial devem ser feitos no mesmo percentual e periodicidade do aumento salarial da categoria profissional do mutuário. Inexistindo aumento de salário, não há como proceder-se ao reajuste das prestações mensais devidas.

- Em ação de consignação em pagamento, ajuizada para discutir os valores de prestações devidas, é inadmissível o desconto das custas e honorários de advogado do valor depositado, uma vez que o ônus da sucumbência resulta do fato objetivo da derrota na demanda. Tal desconto representa verdadeira forma de compensação não prevista em lei.

- As custas e honorários devidos pelo vencido devem ser pagos segundo o procedimento próprio para tanto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.984-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Bady Curi

Ementa oficial: Sistema Financeiro da Habitação - Plano de equivalência salarial - Reajuste - Critério. - Os reajustes nos contratos de financiamento celebrados sob o plano de equivalência salarial devem ser feitos no mesmo percentual e periodicidade do aumento salarial da categoria profissional do mutuário. Inexistindo aumento, não há como proceder-se ao reajuste das prestações mensais por este devidas.

Acórdão

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

unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA EM PARTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - Bady Curi - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo apelado, os Drs. Eustáquio Ferreira Souza e Weber Lima de Souza.

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, posto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e de apelação ajuizada contra r. sentença, que julgou procedente o pedido formulado por Jadir Silva e outra, em ação de consignação em pagamento movida contra o Estado de Minas Gerais.

Irresignado, apelou o Estado de Minas Gerais, através do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A.-BDMG, por força do "Convênio para Administração de Ativos" firmado entre ambos, conforme delegação de poderes conferida pelo Decreto nº 39.819/98, sustentando, em preliminar, a impropriedade do uso da consignatória para discussão de cláusulas contratuais e a impossibilidade jurídica do pedido, por se encontrarem os consignantes em mora. No mérito, alega que as cláusulas contratuais prevêem expressamente o reajuste das prestações, na data-base da categoria profissional, independentemente do aumento do salário do mutuário, desde que a prestação mensal não ultrapasse o limite de 30%. Afirma que, embora tenha a Magistrada a quo reconhecido a existência de tal previsão no contrato, considerou que estas cláusulas induzem o aderente ao entendimento de que o critério previsto para o reajuste das prestações seria aquele vinculado somente ao reajuste salarial, devendo as cláusulas confusas, nos contratos de adesão, ser interpretadas a favor do aderente, o que não se aplica ao caso, já que os contratantes são pessoas instruídas e bem-informadas, haja vista suas profissões. Argumenta, ainda, que a r. decisão negou vigência à Lei Federal nº 8.692/93, uma vez que o reajuste das prestações baseou-se na cláusula contratual autorizatória, firmada em conformidade com os dispositivos legais aplicáveis: artigos 11, 12 e 13, § 1º, da referida lei, e que em momento algum os reajustes atingiram o limite legal de cobrança, de 30% da renda do mutuário. Diz que a redução das prestações produzirá uma diferença a ser paga pelos devedores ao final do contrato, eis que o saldo residual é de responsabilidade dos mesmos. Termina por afirmar que a cobrança se encontra dentro dos limites pactuados, implicando a ausência de correção verdadeiro enriquecimento sem causa. Insurge-se, por fim, contra o comando da sentença que determinou o desconto das custas e honorários advocatícios do valor consignado relativo às prestações vencidas de forma indevida e contra o valor dos honorários.

Pois bem, Jadir Silva e s/m ajuizaram ação de consignação em pagamento contra o Estado de Minas Gerais e o BDMG, objetivando efetuar o depósito das prestações vencíveis a partir de 27.05.2000, relativas ao contrato de financiamento celebrado com o extinto Bemge, sem os reajustes aplicados pela instituição financeira, que consideraram indevidos.

Inicialmente, tenho que a preliminar de impropriedade da via eleita foi corretamente rechaçada pela Magistrada a quo na r. decisão, uma vez que, buscando a consignatória solucionar controvérsia entre as partes sobre o valor da prestação devida pelo consignante, inexistiu óbice a que se discutam em seu bojo as cláusulas contratuais relativas ao tema em debate e sua melhor interpretação.

Também no que concerne à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, agiu com acerto a ilustre Sentenciante.

Não é verdade que os consignantes se encontram em mora com as prestações vencidas desde setembro de 1998. Conforme se verifica dos autos, os recorridos continuaram a depositar o valor das prestações à disposição do Juízo da 31ª Vara Cível da comarca, perante o qual tramitou a primeira consignatória por eles proposta, até a vencida em 27.04.2000, quando, uma vez indeferido o pedido para depósito das prestações vencidas, ajuizaram a presente consignatória, objetivando o depósito da parcela vencível em 27.05.2000 e seguintes.

Rejeitam-se, com isto, as preliminares.

No mérito, retira-se da leitura do referido contrato que o reajuste das prestações seria feito pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional-PES/CP, de acordo com o disposto em sua cláusula 8ª, transcrita à fl. 195 da r. sentença em reexame.

Entretanto, o consignado reajustou a prestação do mutuário nos meses de fevereiro de 1996 e janeiro de 1997, conforme se depreende dos documentos de fls. 45/55, sem que o mutuário tivesse tido qualquer aumento de salário, desde 1995, conforme comprovam os contracheques de fls. 38/42.

Ora, estando o contrato de financiamento celebrado entre as partes submetido ao plano de equivalência salarial, seria necessário que o mutuário tivesse tido algum aumento de salário, para que sua prestação fosse reajustada, o que, todavia, não se verificou.

Destarte, os reajustes, na forma como efetuados pela instituição financeira, foram indevidos, posto que realizados em discordância com o que fora pactuado.

Não há que se falar em negativa de vigência à Lei nº 8.692/93, uma vez que esta apenas dispõe, em seus artigos 11, 12 e 13, § 1º, que todo financiamento em curso, contratado sob o plano de equivalência

salarial, pode ter o valor do encargo mensal reajustado até o máximo de comprometimento de renda estabelecido no contrato, independentemente do percentual verificado por ocasião de sua assinatura, não podendo tal limite ser superior a 30%, o que não dispensa, de forma alguma, a ocorrência de aumento salarial, para que seja procedido o reajuste das prestações.

Outrossim, mesmo que se admita que estaria previsto na cláusula oitava do contrato, o reajuste das prestações mediante a aplicação do índice da poupança acrescido do percentual relativo ao ganho real do salário do mutuário, tendo em conta o próprio nome do plano, *equivalência salarial*, é de se concluir que o mutuário, ao aderir a este contrato, tem como certo que o reajuste das prestações se dará sempre em consonância com o aumento de sua renda, e não de outra forma. Ao lado disso, dita cláusula oitava não se apresenta clara o suficiente a esclarecer o aderente de que poderá haver aumento de prestação, ainda que ele não tenha aumentada sua renda.

A esse respeito, com muita propriedade se manifestou o ilustre Desembargador José Antonino Baía Borges, no julgamento da Apelação Cível nº 196.429-5, em 10.05.2001:

O referido contrato foi celebrado visando à aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação. Como se sabe, "os contratos regulados pelo Sistema Financeiro da Habitação devem ser regidos por princípios que destaquem a sua finalidade social" (REsp nº 89.776/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 16.11.1999, p. 207).

A par disso, trata-se de contrato pelo plano de equivalência salarial. Quem a esse plano adere está certo de que verá mantido o equilíbrio do contrato, ou seja, não sofrerá aumentos de sua prestação além do que obtiver de reajuste em sua renda mensal.

É evidente que a intenção do mutuário, ao aderir a esse plano de equivalência salarial, é a de não se ver surpreendido com aumentos que desequilbrem a sua situação financeira.

E é a isso que levam a crer o § 4º da cláusula 8ª, a cláusula 9ª e a cláusula 10ª.

De outro lado, não prevê o contrato, de forma clara e indubitada, que poderá haver aumento das prestações, ainda que o mutuário não tenha aumentada a sua renda.

Assim sendo, tendo em vista o que sugerem o plano e as cláusulas do contrato em questão, é, no mínimo, de se ter em linha de consideração a real intenção das partes, pois, "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem" (art. 85 do CC).

Observo, ainda, que por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 155.141-5, da qual fui Relator, manifestei meu posicionamento acerca da matéria ora em debate, com a adesão de meus ilustres Pares, conforme se depreende da cópia do acórdão trazido à colação às fls. 97/103, assim ementado:

Os reajustes nos contratos de financiamento celebrados sob o plano de equivalência salarial devem ser feitos no mesmo percentual e periodicidade do aumento salarial da categoria profissional do mutuário. Inexistindo aumento, não há como proceder-se ao reajuste das prestações mensais por este devidas.

Nesse sentido, também, as seguintes decisões:

Sistema Financeiro da Habitação - Reajuste das prestações - Critério da equivalência salarial. - Os reajustes nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação devem obedecer à equivalência salarial, como forma de manter a equação econômica da avença (1ª TACiv.SP - Ac. unân. da 3ª Cam., publ. na RT, 710/82 - Ap. 494.492-9 - Rel. Juiz Toledo César).

E mais:

Sistema Financeiro da Habitação - Reajuste das prestações - PES. - É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, em casos como o presente, o reajuste das prestações deve ser feito pela equivalência salarial, ou seja, no mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional do mutuário (STJ - Ac. unân. da 2ª T., publ. em 28.11.94 - REsp nº 28.119/6-RS - Rel. Min. Pádua Ribeiro, in *Nossos Tribunais*, jurisprudência selecionada, 11/95, nº 68690).

Apenas no que concerne ao comando sentencial que determinou o desconto das custas e honorários advocatícios do valor consignado, relativo às prestações vencidas, é que está a r. decisão a merecer reparos.

A importância depositada em juízo equivale às prestações do financiamento devidas pelos consignantes ao consignado, que têm como causa o contrato celebrado, ao passo que o ônus da sucumbência resulta do fato objetivo da derrota na demanda, não podendo ser feito o desconto como determinado pela Sentenciante, que representa verdadeira forma de compensação não prevista pela legislação.

As custas e honorários devidos pelo vencido, os quais considero corretamente arbitrados pela Magistrada em relação ao *quantum*, devem ser pagos segundo o procedimento próprio para tanto.

Pelo exposto, no reexame necessário, reformo em parte a r. decisão monocrática, apenas no

que pertine ao desconto dos valores relativos aos ônus sucumbenciais das importâncias a serem levantadas pelo consignado, excluindo-a da sentença, que fica confirmada quanto ao mais. Prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

SERVIDOR - POSSE NO CARGO - ESTÁGIO PROBATÓRIO - ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE - REINTEGRAÇÃO NO CARGO

- Por violação dos princípios constitucionais relativos ao contraditório e à ampla defesa e diante do disposto na Súmula nº 21 do STF, é ilegal e nulo de pleno direito o ato da Administração que, arbitrariamente e sem o devido processo legal, revoga a nomeação de servidor que ingressara na carreira pública pela aprovação em concurso público e que se encontra em estágio probatório. Ocorrendo a exoneração nessas circunstâncias, deve o servidor ser reintegrado no cargo no qual foi empossado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.092-9/00 - Comarca de Bom Despacho - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Anulação de nomeação - Cargo público - Funcionários em estágio probatório - Processo administrativo - Ausência - Ato ilegal - Súmula 21 do STF - Reintegração ao cargo - Confirmação da sentença em reexame necessário. - É ilegal e nulo de pleno direito o ato de prefeito municipal que revoga arbitrariamente nomeação daqueles que ingressaram na carreira pública pela aprovação em concurso público, por violação de princípios constitucionais e do disposto na Súmula 21 do STF.

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.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da remessa de ofício, decorrente da exigência do duplo grau de jurisdição.

Deve ser confirmada a sentença objeto da remessa de ofício.

Parece evidente a falta de justificativa para a medida arbitrária alegada pelos apelados, quando,

O Sr. Des. *Carreira Machado* - De acordo.

O Sr. Des. *Almeida Melo* - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICANDO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

sem o devido processo legal, tiveram suas nomeações aos cargos públicos declaradas nulas.

As alegações constantes da contestação do Município, representado pelo Sr. Prefeito, dizem respeito a uma suposta ultrapassagem do número de vagas estabelecidas para o cargo público pelo edital e que por esta razão a alegada anulação do ato administrativo se deveria à impossibilidade de se preencher vaga inexistente, sendo, neste contexto, o procedimento da Administração o mais correto e isento possível.

Ocorre que, como afirmou acertadamente o MM. Juiz, verifica-se a ocorrência de flagrante irregularidade cometida pelo Poder Público municipal de Bom Despacho, cujo chefe determinou, sem justificativa plausível, a anulação da nomeação dos apelados, que foram aprovados em concurso público e que se encontravam em estágio probatório, cuja demissão somente poderia dar-se após inquérito probatório de sua incapacidade, com o que incorreu aquele em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa presente na Constituição Federal.

De acordo com a Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal, o funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade, pelo que evidente se mostra a violação de princípio constitucional.

O afastamento somente poderia haver-se fundado em processo administrativo em que tivessem

os apelados tido a oportunidade de valer-se de seu direito de defesa. É que, tomada posse no cargo, a anulação da nomeação e conseqüente exoneração do nomeado só pode ser feita pelo devido processo legal. Assim ensina HELY LOPES MEIRELLES:

É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Por isso mesmo, a nomeação regular só pode ser desfeita pela Administração antes da posse do nomeado. No entanto, a anulação do concurso, com a exoneração do nomeado, após a posse, só pode ser feita com observância do devido processo legal e a garantia de ampla defesa (*Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., p. 411).

É o que diz a Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal:

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Portanto, mesmo não se tratando de ato vinculado, o agente da Administração deve balizar suas decisões de acordo com os princípios contidos na Constituição Federal, e, quando assim não forem, serão considerados nulos de pleno direito. Assim se tem orientado este egrégio Tribunal de Justiça:

SERVIDOR - EFETIVAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA EC Nº 49/01 - FALTA DE SUBMISSÃO A CONCURSO PÚBLICO - INCONSTITUCIONALIDADE - ADIN JÁ PROPOSTA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - CONCEITUAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - INOCORRÊNCIA

- Tratando-se de mandado de segurança, a autoridade coatora é aquela que praticou o ato administrativo questionado, ainda que o tenha feito em razão de competência vinculada. Então, se da análise dos autos se constata que foi a autoridade apontada na inicial quem praticou o dito ato, não há falar-se em ilegitimidade passiva *ad causam*.

- A jurisprudência do STF, reconhecendo o caráter de essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da CF, não tem acatado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido.

- Estando a pretensão fundada exclusivamente na Emenda Constitucional nº 49/01, que é manifestamente inconstitucional e cuja eficácia já está sendo discutida por meio de ação direta de inconstitucionalidade, não há direito líquido e certo a ser preservado por via de mandado de segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.365-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Se ilegais, os atos administrativos são considerados nulos de pleno direito, sem nenhum valor, desde a sua edição, tendo os prejudicados, no caso, prejudicadas, direitos retroativos, funcionais, àquela data, sendo estes com as devidas correções e juros (TJMG, AC nº 61.733-2, Rel. Des. Schalcher Ventura).

Com esses fundamentos, confirmo, em reexame necessário, a r. sentença.

O Sr. Des. *Pedro Henriques* - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. *Silas Vieira* - Sr. Presidente. A meu sentir, é ilegal e arbitrário o ato administrativo que decretou nulas de pleno direito a nomeação e a posse dos servidores públicos (apelados) nos cargos respectivos, até porque, se realmente ocorreu um excesso no tocante às contratações efetivadas pelo Município, tal questão deve ser dirimida de maneira a não causar prejuízo a eles; como não cuidou o Decreto nº 1.181, de 28.01.93, da extinção dos cargos nele mencionados, parece-me mais sensato que os apelados sejam reintegrados no cargo para o qual foram empossados e colocados em disponibilidade remunerada, até que venham a ser aproveitados.

Com tais acréscimos, acompanho o em. Des. Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

Ementa oficial: Administrativo - Mandado de segurança - Conceituação de autoridade coatora - Efetivação, pela Emenda Constitucional nº 49/01, de servidores públicos estaduais não concursados - Inconstitucionalidade - ADIN já proposta. - A autoridade coatora, em mandado de segurança, é aquela que pratica o ato administrativo questionado, ainda que em razão de competência vinculada, tal como aqui ocorreu com o que denegou o pedido de efetivação postulado pelas impetrantes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o caráter de essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da CF, não tem acatado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido (STF - ADIMC 1.251/MG, T.P., Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.09.1995). Estando a pretensão fundada exclusivamente na Emenda Constitucional nº 49/01, que é manifestamente inconstitucional, e cuja eficácia já está sendo discutida através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2.578), não há direito líquido e certo a ser preservado na via mandado de segurança.

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 REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 05 de maio de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Wander Marotta* - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Leislucé Vilela Andrade Pereira, Mônica Tereza Vasconcellos Leite, Albertina Guedes da Silva, Romilda Santos da Silva, Justina de Oliveira Fonseca, Vera Lucia José Marques, Cecília Elias Vieira, Eloisa Helena de Souza, Romilda Augusta de Melo e Marlene Marques de Rezende Reis, qualificadas nos autos, impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da Diretora de Direitos e Vantagens da Secretaria de Estado de

Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais, ao argumento de que exercem funções públicas na Secretaria de Estado da Educação, há mais de dez anos, algumas como professoras, outras como especialistas em educação e outras como serviçais, admitidas antes da vigência do regime jurídico único; que são consideradas "designadas" pelo órgão público estadual, por exercerem suas funções através de contratos temporários, sempre com prazo determinado, que se renovam sucessivamente, sem qualquer caráter de interrupção; que, por não serem efetivadas, embora recolham contribuição ao Ipsemg, não gozam de quaisquer direitos relacionados à aposentadoria. Pretendem ser efetivadas nos cargos que ocupam, com fundamento na Emenda Constitucional Estadual nº 49/01, que admite a efetivação de todos aqueles que exerçam função pública, admitidos antes de 05.10.88 e entre essa data e 1º.08.90. Alegam que requereram, administrativamente, suas efetivações, cujos pedidos foram indeferidos ao argumento de que o direito assegurado pela referida Emenda não abrange os servidores da Educação, porque, na qualidade de designados, possuem contratos temporários, e que a exclusão é incompatível com o princípio da equidade, devendo prevalecer para todos os servidores.

Deferida a liminar, vieram aos autos as informações da autoridade apontada coatora, arguindo, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, acrescentando que somente executou a decisão do Secretário de Estado da Educação e que o simples "visto" não significa manifestação de vontade.

No mérito, sustenta que a Emenda Constitucional nº 49/01 não abrange as autoras, por possuírem contrato de trabalho temporário, não cabendo ao administrador público fazer interpretações extensivas, sob pena de responsabilidade.

Às fls. 163/172, manifestou-se o Ministério Público pela denegação da ordem.

A sentença (fls. 177/181), concedeu a segurança, confirmando a liminar deferida, determinando ficasse "suspense qualquer ato tendente a restringir o direito assegurado pelo art. 106 do ADCT da Constituição Estadual, ou seja, para que sejam processados e decididos os requerimentos das impetrantes de maneira a atender ao comando do art. 106 do ADCT da Constituição Estadual, de forma absolutamente igual ao que for ou tiver sido decidido em relação aos detentores de função pública de outros órgãos ou Poderes do Estado.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação, nos termos das razões de fls. 188/193, sustentando que, pelo art. 19 do ADCT, às pessoas em exercício de função pública há mais de cinco anos, sem interrupção, foi concedido o *status* de servidor público, desde que comprovassem o tempo de exercício anterior à promulgação da Constituição Federal, o que não é o caso das apeladas. Salvo a exceção, não havia outra forma de ingresso efetivo no serviço público - a não ser através de concurso.

Releva ser a pretensão das autoras incabível em razão da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional Estadual nº 49/01, já discutida perante o Supremo Tribunal Federal através de ação direta de inconstitucionalidade; que, considerando a emenda inconstitucional, nada impedia que a ilustre Magistrada sentenciante assim o declarasse, independentemente de qualquer outra formalidade, cuja decisão teria efeito apenas no presente processo, e não *erga omnes*. Mesmo válida a referida Emenda, nenhuma razão assiste às impetrantes, pois não ficou comprovada a sua contratação efetiva e ininterrupta antes de agosto de 1990, laborando de forma descontinuada, sem prova do exercício em todo o período. Enfatiza que foram contratadas sob o regime de designação, cuja característica é a ausência de vínculo entre o Estado e os contratados, e sempre por tempo determinado, em razão da necessidade temporária de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal e art. 22 da Carta Estadual, e que o fato de a Lei nº 10.254/90 referir-se a função pública e qualificar a designação como tal não altera a realidade. Caso contrário, estar-se-ia criando nova forma de ingresso no serviço público sem concurso, em afronta ao art. 37, II, da Carta da República.

Com a devida vênia, a r. decisão não merece subsistir.

O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano.

Ensina CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO (in Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988; *apud Mandados de Segurança e Injunção* - coordenação: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 81):

... O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. 'Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de real-

mente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual'.

Cumpra às impetrantes, portanto, demonstrar, através de prova pré-constituída, o seu pretendido direito líquido e certo. E tais documentos deveriam, forçosamente, vir juntados à inicial, nos termos do CPC, 283.

Na lição de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (in *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, ob. cit., p. 128):

... direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas que não seja a do cumetual, em princípio, indubitosa. Mas, veja-se bem, 'que pode' e não 'que deva' ser reconhecido, porque, como é normal a qualquer julgamento, o direito poderá ser negado definitivamente. Se a questão fática depender de provas, as vias ordinárias são o caminho específico.

Pretendem as impetrantes - professoras, especialistas em educação e serviçais - o reconhecimento de seu direito de serem efetivadas em cargos do serviço público do Estado de Minas Gerais, com fulcro na Emenda Constitucional Estadual nº 49/01, que o confere a todos os trabalhadores que exerçam função pública, admitidos antes de 05.10.88 e no período compreendido entre 05.10.88 a 01.08.90.

Ao prestar as informações solicitadas, a Sra. Diretora da Diretoria de Direitos e Vantagens da Secretaria de Estado de Recursos Humanos arguiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que autoridade coatora é aquela que ordena a prática do ato, e não a que o executa, no que não lhe assiste razão.

Na lição de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (in *Mandado de Segurança*, Malheiros Editores, 4ª ed., 2002, p. 59):

É muito comum verificar-se, quando se pedem as informações, responder a autoridade coatora que não pode e não deve ser responsabilizada, e, portanto, com o dever de atuação. Assim, não poderia ser autoridade coatora, mas sim quem estaria a determinar sua conduta.

Ora, diante de atividade vinculada tem a autoridade dever de praticar a ação, mas não é porque tenha dever de praticar a ação que deixa de ser instrumento da ação. Se é o instrumento da ação, se pratica o ato administrativo que se pretende afastar, exatamente o ato administrativo praticado ou em vias de ser emanado, ato esse passível de constar alguém indevidamente, é autoridade coatora.

Analisando-se os autos, constata-se que foi a autoridade apontada na inicial quem praticou o ato de denegar o pedido de efetivação dos impetrantes, bastando para tanto que se examinem os ofícios de fls. 136/140, por ela assinados, com evidente manifestação de vontade, e não apenas com um mero visto, como alegado.

Rejeito a preliminar.

Examino o mérito.

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Art. 41. São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

No art. 19 do seu ADCT estabeleceu:

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.

Das normas citadas verifica-se que a Carta da República estabeleceu duas formas de estabilidade no serviço público: a do art. 41 é, sem dúvida, pressuposto intransponível da efetivação, constituindo a nomeação em caráter efetivo - originária de aprovação em concurso público - condição essencial para a aquisição da estabilidade.

Em caráter excepcional, porém, conferiu estabilidade aos servidores que não preenchiam o requisito essencial, mas desde que, na data da promulgação da Constituição, estivessem em exercício há pelo menos cinco anos continuados. Observadas as condições inseridas no ADCT, o servidor torna-se estável - e não efetivo -, possuindo o direito à permanência no serviço público em que foi admitido, sem, entretanto, ser incorporado à carreira.

A Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece:

Art. 21. Os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A Emenda Constitucional Estadual nº 49/01 introduziu algumas modificações na Carta Estadual, dentre elas:

Art. 105. Ao detentor de função pública da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, admitido por prazo indeterminado até 1º de agosto de 1990, são assegurados os direitos, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluída a estabilidade, salvo aquela adquirida nos termos do art. 41 da Constituição da República e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição.

Art. 106. Passam a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual, em cargo correspondente à função pública de que sejam detentores, os seguintes servidores admitidos por prazo indeterminado:

I - o detentor de função pública admitido até a data da promulgação da Constituição da República de 1988;

II - o detentor de função pública admitido no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 1º de agosto de 1990, data da instituição do regime jurídico único do Estado.

Do enunciado transcrito é forçoso reconhecer a sua flagrante ofensa às normas constitucionais, criando-se forma excepcional de efetivação do servidor público não concursado, não recepcionada, a toda evidência, pela Lei Maior.

E, por óbvio, se a pretensão deduzida pelas impetrantes baseia-se exclusivamente no direito supostamente criado pela Emenda Constitucional nº 49/01, que é manifestamente inconstitucional, e cuja eficácia já está sendo discutida através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2.578), não há direito líquido e certo a ser preservado na via mandado de segurança.

Como bem anotado na inicial da referida ação, subscrita pelo ilustre Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro:

Cumprê ressaltar que a simples exclusão da estabilidade não tem o condão de afastar o vício material que macula os referidos dispositivos. É que a estabilidade é consectário, consequência, do implemento de condições, também previstas constitucionalmente, por parte daquele que já ocupa cargo ou emprego público cuja investidura se deu por prévia aprovação em concurso público.

Destarte, a inconstitucionalidade, a macular as destacadas expressões da Emenda à Constituição, resta patente, sendo certa a indelével gravidade da extensão de tais garantias - que inegavelmente caracterizam o acesso a cargo público - a funcionários não concursados, mormente para fins de aposentadoria.

Nesse diapasão, o artigo 106, igualmente acrescentado pela malferida emenda, não apenas cria cargos - o que por si só igualmente contraria a Carta Política -, mas também já os provê com os ocupantes de função pública, ferindo, pois, tanto o inciso II do art. 37, quanto também a iniciativa reservada de criação para determinados cargos, tal como previsto no texto constitucional (*verbi gratia*, a iniciativa reservada para criação de cargos do Ministério Público, Poder Judiciário, dentre outros).

Assim, a indigitada Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais, indelevelmente, visa a assegurar situação contrária ao princípio do concurso público para acesso a cargo ou a emprego público, tal como disposto no art. 37, II, da Lei Maior, consectário do princípio da isonomia e da impessoalidade.

Em casos semelhantes, tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei estadual que permite a integração de servidor público no quadro de pessoal de autarquias ou fundações estaduais, independentemente de concurso público - Alegação de ofensa ao art. 37, II, da Carta Federal - Plausibilidade jurídica - Conveniência - Medida cautelar deferida. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política, tem

censurado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes (STF - ADIMC 1.350/RO, T.P., Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 06.09.1996).

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei estadual que permite a integração de servidor público no quadro de pessoal do Tribunal de Contas, independentemente de concurso - Irrelevância de achar-se o servidor à disposição desse órgão público em determinado período - Alegação de ofensa ao art. 37, II, da Carta Federal - Plausibilidade jurídica - Conveniência - Medida cautelar deferida.

- O provimento efetivo em cargo público situado na estrutura administrativa de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado supõe, para efeito de regular investidura do servidor público, a prévia aprovação deste em concurso público de provas ou de provas e títulos.

- Precedentes do STF.

- O postulado constitucional inscrito no art. 37, II, da Carta Política, ao dar concreção e efetividade ao princípio da isonomia, impõe que o ingresso no serviço público sempre se dê mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (STF - ADIMC 1.251/MG, T.P., Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.09.1995).

Não resta dúvida de que a questão será resolvida com o julgamento da ADIN já ajuizada. Entretanto, enquanto se discute a matéria, importa impedir a aplicação das normas nela questionadas, no sentido da não-admissão de efetivação de servidor público não concursado, através de emenda flagrantemente inconstitucional.

Diante do exposto, em reexame necessário, rejeito preliminar e reformo a r. decisão de primeiro grau, denegando a segurança para tornar sem efeito a liminar deferida, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

INVENTÁRIO - SEGURO DE VIDA - VERBA INDENIZATÓRIA - EXCLUSÃO DO UNIVERSO PARTILHÁVEL - DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS DO CONTRATO DE SEGURO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM

- O seguro de vida passa a existir em nome do beneficiário com a morte do *de cujus*. Tal soma, por não integrar o patrimônio presente ou futuro do falecido, não pertence ao acervo hereditário, não podendo, por isso, fazer parte do inventário, inclusive por sua natureza de verba indenizatória. Assim, o juízo comum é o competente para conhecer e julgar a ação proposta para se discutir o direito ao recebimento de seguro deixado por falecido.

AGRAVO Nº 300.476-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Seguro de vida que não integra, em inventário, o universo partilhável - Competência do juízo comum para a discussão de cláusulas do contrato de seguro. - O seguro de vida passa a existir em nome do beneficiário com a morte do *de cujus*. Tal soma, por não integrar o patrimônio presente ou futuro do falecido, não pertence ao acervo hereditário, não podendo, por isso, fazer parte do inventário, inclusive por sua natureza de verba indenizatória.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado 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 março de 2003. - Wander Marotta - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Wander Marotta - O espólio de Gilberto Ildeu de Arruda Passos, representado pelo inventariante, Deiber de Oliveira Arruda Passos, interpõe agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 35, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Sucessões da Comarca da Capital, que se declarou incompetente para decidir a respeito do prêmio de seguro pago por Sasse Seguradora a Helenice Mona Lisa de Oliveira Passos.

Conheço do recurso.

Relata o agravante, em síntese, que, em razão do falecimento de seu pai, propôs a abertura do inventário, ajuizando, também, ação cautelar com o intuito de impedir o pagamento do prêmio de seguro contratado junto à Sasse Seguradora em benefício de sua irmã, Helenice Mona Lisa de Oliveira Passos, curadora do *de cujus*, interdita antes do falecimento. Afirma que a agravada administrou os bens de seu

genitor sem prestar contas da curatela, ressaltando que o seguro ora impugnado teria como beneficiária Lindaura, ex-esposa do falecido, "... e, na sua falta, os filhos do casal, ou seja, Deiber e Helenice". Todavia, sua irmã, astutamente, alterou a apólice após o falecimento de Lindaura, razão pela qual foi ajuizada a ação cautelar, com o intuito de fazer com que o prêmio seja dividido igualmente entre os irmãos, tendo o MM. Juiz concedido a liminar pleiteada para que o respectivo valor fosse depositado em juízo. Assim, enfatiza que não houve incompetência do Juízo *a quo*, encontrando-se o valor do prêmio, inclusive, à disposição da Justiça, já recolhido o ITCD. O recurso foi instruído com os documentos de fls. 10/70.

Primeiramente, gostaria de ressaltar que a questão a ser examinada limita-se à competência ou não do Juiz do inventário para apreciar e decidir a ação cautelar, não tendo havido, ainda, decisão acerca do destino do valor originário do seguro.

O MM. Juiz *a quo* considerou que o prêmio de seguro não é partilhável em sede de inventário, pois tem natureza indenizatória, que não integra a universalidade de bens possuídos pelo falecido quando de sua morte, razão pela qual declarou-se incompetente para julgar a questão.

Da análise dos autos verifica-se que, aberto o inventário em agosto de 1997, em 10 de agosto de 1998 foi o agravante nomeado inventariante (fls. 14), tendo informado que, à exceção do valor referente à apólice do seguro, inexistiam bens a inventariar (fls. 15).

Ressalte-se que foi deferido "... o pedido de habilitação de crédito formulado pela Caixa Econômica Federal", autorizada a levantar, via alvará, o crédito reclamado, "... no valor de R\$ 3.346,11" (fls. 35).

A ação cautelar foi ajuizada incidentalmente ao processo do inventário em agosto de 1997, pleiteando o autor, ora agravante, que o depósito do valor referente à apólice fosse depositado em juízo (fls. 29), tendo o ilustre Julgador assim se pronunciado:

Os fatos alegados na inicial corroborados com os documentos acostados demonstram, a princípio, que a requerida valeu-se da indicação de curadora em proveito próprio, já que o Sr. Gilberto se encontrava incapacitado para a prática de atos da vida civil.

Presentes os pressupostos legais, defiro o pedido de liminar nos exatos moldes apresentados.

Efetivada a cautela, cite-se a requerida para, querendo, no prazo de 05 dias, contestar o pedido e os termos da ação, sob as penas da lei (fls. 47; decisão proferida em 24 de agosto de 1998).

Por outro lado, o MM. Juiz proferiu a decisão aqui questionada, entendendo não ser o prêmio de seguro partilhável em sede de inventário, por cuidar-se de verba indenizatória, o que o fez declarar-se incompetente para decidir questão acerca do pagamento.

Ou seja: o MM. Juiz deferiu liminar para determinar que o valor objeto da discussão fosse judicialmente depositado, mas declarou-se incompetente para decidir questão relativa ao contrato de seguro.

Decidiu com acerto.

Herança nada mais é do que "... O patrimônio sucessível conjunto de bens, direitos e obrigações deixados pelo falecido..." (*Inventários e Partilhas*, SEBASTIÃO LUIZ AMORIM e EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, Leud, p. 258, 8ª edição).

PEDRO ALVIM assinala que, no contrato de seguro, a soma a pagar não sai do patrimônio do segurador e traz à colação jurisprudência segundo a qual o seguro de vida não é bem do espólio e que não faz parte do patrimônio do *de cujus* (v. *O Contrato de Seguro*, p. 464/465, Forense, 1ª ed., 1983).

Somente os direitos e obrigações que já pertenciam ao falecido, na data do óbito, bem como os futuros que já lhe eram assegurados àquela data, passam a pertencer ao acervo hereditário, pelo que o juízo do inventário dos bens deixados pelo falecido não exerce força atrativa para conhecer de ação que visa discutir a indenização securitária, porquanto esta não se inclui no patrimônio do espólio. O direito ao recebimento do seguro não integra a herança, necessariamente, devendo ser as condições da apólice e sua validade discutidas em ação própria.

O fato de ter sido deferida a liminar não transfere ao juízo do inventário a competência para decidir acerca da matéria, mesmo porque, da leitura da cautelar, se se pode verificar o objetivo expresso de promover o depósito, o mesmo não ocorre com o

pedido de anulação das cláusulas da apólice ou da inclusão do autor como beneficiário no contrato de seguro.

Ora, o procedimento cautelar, apesar de instrumental, auxílio na realização do feito principal, e acessório a este, é dotado de autonomia, em razão de seus fins, diversos dos existentes no processo principal. Não encontra sua *ratio* na pretensão material, mas na necessidade de segurança e garantia da eficácia desta.

A ação cautelar corresponde ao direito da parte de provocar o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.

E, para garantir o resultado da cautelar, evitam-se que perca seu objeto, o juiz pode conceder liminarmente a medida cautelar, com ou sem justificativa prévia (art. 804). Lembre-se que a competência, em termos de cautela, não deve ser apreciada sob o ângulo comum, mesmo porque, aqui, a escolha do juízo não se dá em razão da qualidade da lide, mas da qualidade da atividade que é reclamada ao juízo.

Daí o acerto da lição de PONTES DE MIRANDA de que a tradição de nosso direito, que permite o manejo da ação cautelar onde ela se fizer necessária, quando houver risco de se frustrar sua missão, não foi eliminada pelo art. 682 do Código de Processo de 1939, nem pela sua reprodução no art. 800 do atual Código (*Comentários ao Código de Processo Civil*, VIII ed., 1959, p. 418).

In casu, a cautelar foi proposta incidentalmente ao inventário com o intuito de que a agravada não levantasse o dinheiro da apólice e, com isso, frustrasse uma futura ação do agravante para sua inclusão como beneficiário do contrato, tendo sido o pedido concedido liminarmente.

Da leitura da inicial da cautelar vê-se, inclusive, que o *periculum in mora* alegado pelo autor foi o fato de que "... evidentemente a demora na decisão implicará no pagamento dos valores à requerida, tornando impossível sua recuperação" (fls. 37). E o pedido era se oficiasse à seguradora

... para que se abstenha de efetuar o pagamento de quaisquer benefícios referentes à apólice de seguro onde figura como segurado Gilberto Ildeu de Arruda Passos e beneficiária Helenice Mona Lisa de

Oliveira Passos, até ulterior decisão deste juízo, determinando, ainda, que quaisquer valores devidos sejam depositados em conta bancária deste juízo (fls. 38).

Da apreciação dos autos não se pode afirmar com certeza se a decisão de fls. 26 se refere também à cautelar ou a um segundo pedido, de divisão do dinheiro.

O que há é que, da leitura dessa inicial, não se verifica pedido expresso no sentido de anulação da apólice e de inclusão do nome do autor como beneficiário, até porque tal questão tem de ser decidida em ação própria, não em cautelar incidental ao inventário.

A ação deverá ser ajuizada perante o juízo comum, não perante o juiz do inventário, pois, em se tratando de seguro de vida, somente passa a existir em nome do beneficiário com a morte do segurado. Tal valor, evidentemente, não integra o patrimônio presente ou futuro do *de cujus*, posto que no referido contrato se estabelece previamente o beneficiário, o que afasta a competência do juízo especializado.

A apreciação da liminar, como se disse, não influi na fixação da competência, em razão da urgência do caso.

Confira-se a jurisprudência:

ICMS - IMPORTAÇÃO - MOTOCICLETAS - BENS DESTINADOS AO USO PRÓPRIO - ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA PELO ADQUIRENTE - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO - SÚMULA 198 DO STJ - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - IMPROCEDÊNCIA

- Não provada a alegação do devedor, nos termos do art. 333, I, do CPC, de que as motocicletas por ele importadas do exterior se destinavam ao seu próprio uso e considerando o teor da Súmula nº 198 do STJ, que orienta no sentido de que, na importação de veículo destinado a uso próprio por pessoa física, incide o ICMS, impõe-se o improvimento da apelação contra a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.715-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Motocicletas - Importação - Bens destinados ao uso próprio - Alegação não provada pelo adquirente - Incidência do ICMS - Súmula nº 198 do STJ - Execução fiscal - Embargos de devedor - Improcedência - Apelação - Improvimento. - Não provada a alegação do devedor de que as seis motocicletas por ele adquiridas mediante importação do exterior se destinavam ao seu próprio uso e, tendo-se em vista o teor da

O seguro de vida somente passa a existir em nome do beneficiário com a morte do segurado. Tal soma, por não integrar o patrimônio presente ou futuro do *de cujus*, não pertence ao acervo hereditário, não podendo, pois, fazer parte do inventário ("Jurisprudência Mineira" v. 137/138, p. 134).

Inventário. Alvará. Levantamento de seguro obrigatório. Pedido formulado por companheira beneficiária para efeitos previdenciários e seus filhos menores. Admissibilidade. Esposa do *de cujus* que já é falecida. Inaplicabilidade das regras de sucessão hereditária. Aplicação analógica das normas de direito previdenciário. Recurso não provido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 212.239-1, DJ de 16.08.1994).

Ementa: Inventário. Seguro obrigatório. Natureza. Partilha. - A quantia referente ao prêmio de seguro obrigatório não é partilhável em sede de inventário, por se tratar de verba de natureza indenizatória, que não integrava a universalidade de bens possuídos pelo falecido por ocasião de sua morte. (Agravo nº 139.947/6 - Comarca de Santos Dumont - Relator: Des. Almeida Melo - v.u.)

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Súmula nº 198 do STJ, de acordo com a qual, na importação de veículo destinado a uso próprio por pessoa física, incide o ICMS, impõe-se o improvimento da apelação por ele interposta da sentença pela qual foram julgados improcedentes os embargos opostos, com esse fundamento à execução fiscal destinada à cobrança do valor desse tributo representado por certidão de dívida ativa.

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, 21 de outubro de 2002. -
Fernando Bráulio - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

Impõe-se o improvimento da apelação, para confirmar-se a sentença mediante a qual a MM.^a Juíza julgou improcedentes os embargos opostos pelo apelante à execução fiscal que lhe move a apelação.

Ao embargante, ao qual incumbia o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, de acordo com o disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cabia produzir a prova do fato por ele alegado na inicial de que as seis motocicletas por ele adquiridas mediante importação do exterior, nenhuma das quais se acha registrada em seu nome na repartição competente do Detran, segundo a apelação, se destinavam ao seu uso pessoal, e não à comercialização.

À falta de prova desse fato alegado pelo apelante, prevalece a presunção de que as máquinas importadas não se destinavam ao seu uso pessoal e a de que elas se destinavam à comercialização, a qual se acha reforçada pelos seguintes motivos:

A qualificação do apelante não consta da petição inicial, sendo de entender-se, à falta de prova em sentido contrário, que ele se dedica à prática de alguma atividade à qual tais veículos tenham sido destinados com fim lucrativo.

A procuração outorgada pelo apelante ao seu advogado, para nomear bens à penhora e para a oposição dos presentes embargos, cujo instrumento se encontra à fl. 14 dos autos principais em apenso, não o foi em seu nome, como pessoa física ou

natural, mas na qualidade de representante legal da empresa SMP & Publicidade Ltda., pelo que é de concluir-se que, embora ele tenha adquirido esses bens em seu nome, tornando-se responsável pelo recolhimento do imposto, incidente sobre a transação, ele o fez no interesse da referida empresa de publicidade, de assessoria, de consultoria e de promoção de eventos, cujo ato constitutivo integrado pelas respectivas alterações contratuais se encontra às fls. 87 a 121 dos presentes autos, pelo que não há que se falar destino desses bens ao uso individual do adquirente, como pessoa natural.

E, como a empresa, possível destinatária desses bens, não goza da isenção do tributo, é ele devido pelo adquirente.

O apelante nenhuma prova produziu da alegação de que os veículos por ele importados ainda lhe pertencem e estão sendo por ele usados, de que se acham registrados em seu nome, de que continuam em seu poder e de que não foram por ele comercializados.

Ninguém adquire seis motocicletas de uma vez para seu uso pessoal.

Mas, ainda que essa alegação do apelante se achasse convincentemente comprovada, os presentes embargos não poderiam prosperar, porque, enquanto não for alterada por novo posicionamento já sedimentado, prevalece a orientação da jurisprudência sumulada, condensada na Súmula nº 198 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual: "na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS", a qual tem como objetivo não permitir que seja possível a importação a um preço inferior aos bens produzidos no País, em concorrência desigual com os produtos da indústria nacional, como consta igualmente da sentença apelada.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA - ACORDO - INADIMPLÊNCIA - MULTA MORATÓRIA - INCLUSÃO NOS CRÉDITOS HABILITADOS - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 23 DO DEC.-LEI Nº 7.661/43

- A multa moratória instituída pelo descumprimento de acordo homologado na Justiça do Trabalho possui natureza indenizatória e tem caráter acessório, não podendo, portanto, integrar os créditos habilitados perante a massa falida conforme se depreende do art. 23, parágrafo único, III, do Dec.-lei nº 7.661/43 (Lei de Falências).

- V.v.: - Se a multa decorre de acordo trabalhista homologado antes da falência, admitir-se-á a sua inclusão nos créditos a serem habilitados no processo falimentar. (Des. Emanoel Fidélis)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.014-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito trabalhista - Acordo - Inadimplência - Multa moratória - Inclusão no Quadro Geral de Credores - Certidão. - Nos termos do art. 23 da Lei de Falências (Dec.-lei 7.661/43), descabe a inclusão de penas pecuniárias no crédito trabalhista habilitado perante a massa falida. - 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, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - Jarbas Ladeira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente a habilitação de crédito formulada por José Antônio Bonifácio, nos autos da falência de Sermec Ltda., e determinou a inclusão do crédito no Quadro Geral de Credores da massa falida da referida empresa, no valor de R\$5.665,74 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), na classe dos créditos privilegiados trabalhistas, incidindo juros e atualização de 0,5% a.m., se a massa comportar, e correção monetária de acordo com a tabela da Justiça Estadual, além da inclusão das custas da União e despesas de publicações junto à Imprensa Oficial, informados pela JCJ, como encargos da massa.

O habilitante relatou, em seu pedido inicial, que é credor da falida na importância de R\$5.665,74 (cinco mil seiscentos e sessenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), conforme certidão extraída da ação trabalhista promovida contra a falida. Ante isso, requereu o acolhimento de seu crédito.

Os apelantes argumentam, nas razões recursais, que os documentos públicos gozam de presunção apenas relativa de veracidade, admitindo, em consequência, prova em contrário, pois, a certidão apresentada pelo habilitante, como prova de seu crédito, incluiu os valores decorrentes de multa moratória. Assim, entendem, que não resta dúvida sobre o equívoco quanto ao valor total do crédito, pois parte do que se pretende habilitar provém de multa moratória, e como tal não deve ser deferido, eis que em total desacordo com a Lei Falimentar.

Disseram que não era o caso de argüir a falsidade da certidão, pois os recorrentes não negam reconhecer a existência do crédito ou a veracidade das informações presentes na dita certidão, mas sim contestam o fato de estarem sendo habilitados valores que legalmente não devem ser comportados pela massa falida.

No mais, reproduziram as alegações inseridas na peça de impugnação às fls. 8/10. Ao final pediram que seja decotada do valor a ser habilitado a parcela referente à multa moratória.

Conheço do recurso, aos requisitos de admissibilidade.

Os apelantes, em síntese, rebelam-se contra a inclusão de multa na certidão expedida pela Secretaria da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, a qual foi estabelecida no acordo firmado no processo trabalhista entre o habilitante e a empresa Sermec Ltda.

Para a habilitação, os apelantes apresentaram cópia do mencionado acordo homologado em 07 de agosto de 2000, constando do mesmo que a reclamada pagaria ao reclamante, a importância líquida de R\$2.650,00, em quatro parcelas, sob pena de multa de 50% em caso de mora.

Da certidão acostada à fl. 3, constou que o valor do crédito atualizado até 30.05.2001 é de R\$5.665,74 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e setenta e quatro centavos).

Tenho, *data venia*, que razão assiste aos recorrentes no que tange à inclusão da referenciada multa no crédito habilitado.

A multa moratória instituída por cláusula penal, decorre do inadimplemento de alguma obrigação, no caso presente, o descumprimento de acordo homologado na Justiça do Trabalho, firmado entre o empregado, ora habilitante, e a empregadora, ora massa falida, possuindo evidente natureza indenizatória.

Equiparando-se à sanção penal e tendo caráter acessório, é vedada pelas disposições da lei falimentar, não podendo ser considerada e incluída no total do crédito a ser habilitado.

A vedação da inclusão da referida multa está prevista no artigo 23, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 7.661/45, que assim dispõe:

Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

I - (...)

II - (...)

III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

Assim, no caso de reconhecimento da legalidade da inclusão da multa moratória no crédito a ser habilitado, existiria o risco de se estar privilegiando uma parcela acessória em detrimento de outros créditos principais habilitados pelos demais credores.

Com estas considerações, existindo fundamento na pretensão recursal, há que se decotar do crédito habilitado a combatida multa moratória proveniente do descumprimento do acordo firmado na Justiça Trabalhista.

Sobre a matéria, vale a transcrição das seguintes decisões emanadas do colendo STJ, do egrégio TJSP e deste eg. TJMG, *in verbis*:

Agravo regimental - Falência - Penas pecuniárias. - É indevida a multa moratória, bem como inexigível da massa falida o encargo do DL 1.025/1969. (AGA nº 138.424-RS - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 1ª Turma do STJ - Rel. Ministro Garcia Vieira - DJ de 29.09.1997.)

Falência - Habilitação de crédito trabalhista - Exclusão da pena moratória - Apelação provida em parte. - Equiparando-se a multa moratória à pena penitencial, não pode ela ser incluída como crédito privilegiado na falência, *ex vi* do disposto no art. 23, parágrafo único, inciso III, da LF. Exclusão determinada. (Apelação Cível nº 107.361-4, 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP - Rel.: Des. Marcondes Machado, j. em 14.09.1999, maioria.)

Falência - Crédito tributário - Habilitação - Multas administrativas e moratórias - Exclusão - Art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências - Proibição. - As multas administrativas e moratórias não podem ser incluídas nos créditos tributários habilitados em falência, por incidirem na proibição prevista no art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências. ("Jurisprudência Mineira", 155/313).

Falência - Habilitação - CEF - Crédito existente - FGTS - Juros e multa - Cumulação - Impossibilidade - Decreto-lei nº 7.661/45. - Dispondo o inciso III do parágrafo único do art. 23 e o art. 26 da Lei de Falências que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas e que não correm contra a massa juros, o credor que, na verificação dos créditos (art. 82 do Decreto-lei nº 7.661/45), não atenta para a vedação e em consequência deixa de apontar a importância exata do crédito dá causa à sua exclusão da falência, podendo, entretanto, vir a habilitar-se como credor retardatário (art. 98 da Lei Falimentar) ("Jurisprudência Mineira", 150/195).

Desta forma, a multa moratória atacada pelos recorrentes não deve ser incluída no crédito habilitado no processo falimentar da empresa Sermec Ltda.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para determinar que seja decotado, do crédito a ser habilitado, o valor referente à multa moratória.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Emanoel Fidélis - Sr. Presidente, quanto à preliminar estou de acordo.

Com a vênha máxima devida, entendo que se o acordo foi feito anteriormente à falência, evidentemente que a multa é devida.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL.

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - PRETENSÃO - AMPARO LEGAL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA REGISTRADA E A REAL - ART. 212 DA LEI Nº 6.015/73 - CITAÇÃO DOS INTERESSADOS - OCORRÊNCIA - IMPUGNAÇÃO - AUSÊNCIA - PREJUIZOS A TERCEIROS - INEXISTÊNCIA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- Se a pretensão do autor encontra amparo legal, é de se concluir que há possibilidade jurídica para o pedido independentemente de ele ser julgado procedente ou não.

- A Lei nº 6.015/73, no plano abstrato, admite ao proprietário de imóvel pleitear a retificação de área em desconformidade com a realidade, desde que não decorra prejuízo para terceiro.

- A realidade fática há de prevalecer sobre as declarações enunciativas do registro de imóveis, que deve espelhar a verdade real, conforme se infere do art. 212 da Lei nº 6.015/73. Assim, havendo divergência entre a área registrada e a de fato existente e desde que não haja impugnação dos demais interessados, que devem ser pessoalmente citados, é possível a retificação do registro, para acréscimo de área, de modo a refletir a verdade real do imóvel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 318.430-6/00 - Comarca de Mateus Leme - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível - Ação de retificação de área - Possibilidade jurídica - Existência - Desconformidade entre a área registrada e a real - Ausência de prejuízo para terceiros - Admissibilidade - Recurso provido. - 1. A possibilidade jurídica consiste em existir, abstratamente, na ordem jurídica, tutela jurisdicional para a pretensão deduzida pelo interessado. - 2. A Lei nº 6.015, de 1973, no plano abstrato, admite ao proprietário de imóvel pleitear a retificação de área em desconformidade com a realidade, desde que não decorra prejuízo para terceiro. - 3. O registro imobiliário deve espelhar a verdade real. Se a área registrada é diferente da efetiva, em princípio é cabível a retificação. - 4. Se todos os interessados foram citados pessoalmente e não se opuseram, torna-se possível a retificação para acréscimo de área. Neste caso, presume-se a inexistência de prejuízo para terceiros. - 5. Apelação conhecida e provida, rejeitada uma preliminar.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Caetano Levi Lopes* - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelante aforou esta ação de retificação de área contra o apelado. Aduziu ser donatária do imóvel que descreveu e constou do título de aquisição, que ele tem a área enunciativa de mais ou menos 1.500 m². Entretanto, a área real é de 2.746,09 m² e pretende que a respectiva matrícula no registro imobiliário seja retificada. O apelado, os confrontantes e o Município de Mateus Leme, citados, não se manifestaram. Pela r. sentença de fls. 56/60 a pretensão foi rejeitada.

Preliminar do Ministério Público.

O digno representante do Ministério Público em segundo grau de jurisdição suscitou preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Aduziu que a pretensão da recorrente não seria de retificar área, mas agregar parcela de solo adjacente.

Conforme se sabe, a possibilidade jurídica do pedido refere-se à existência, *in abstracto*, de tutela jurisdicional para a pretensão da parte ativa. Neste sentido, eis a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em *Curso de Direito Processual Civil*, 38. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 50:

Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, eis o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no seguinte aresto:

Rescisória. Decisão atacada que decretou a carência de ação. Hipótese em que se afirmou que o autor não fazia jus ao pretendido. Matéria de mérito, e não atinente às condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido). Sentença, portanto, rescindível. Recurso especial procedente. Processamento e julgamento determinados. Inteligência do art. 485 do CPC. Declarações de votos vencedores e vencido.

Ementa oficial: Processo civil. Apelação do mérito. Inocorrência da afirmada carência. Recurso provido para ensejar o processamento da rescisória.

- 1. Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no Direito vigente, do que se postula na causa.

- 2. A circunstância de o julgado ter proclamado a carência de ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito (ac. no REsp nº 1.678, GO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. em 13.02.1990, *in RT*, 652/183).

Na espécie, abstratamente considerada, a pretensão deduzida pela apelante encontra amparo legal. Portanto, força é concluir que há possibilidade jurídica para o pedido, independentemente de vir a ser julgado procedente ou não.

Com a devida vênia, tenho por impertinente a preliminar. Rejeito-a.

Mérito.

No campo do mérito, verifico que a prova documental existente nos autos é suficiente para convencer que a área constante do registro imobiliário realmente diverge da real.

Relativamente ao direito, sabe-se que o Registro de Imóveis deve espelhar a verdade, e, ocorrendo divergência entre os dados constantes do registro e a realidade fática, poderá o interessado requerer sua retificação.

Sobre o tema, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado:

Registro de Imóveis. Retificação. Pedido de admissibilidade. Arts. 860 do CC e 212 da LRP.

O registro imobiliário tem caráter descritivo, em confronto com uma realidade fática. Evidentemente que nesse confronto há de prevalecer a realidade fática sobre a realidade declarativa, ou seja, sobre as declarações enunciativas do registro imobiliário. É de se deferir o pedido e determinar a expedição de mandado retificatório ao Registro de Imóveis competente por encontrar a pretensão do apelante guardada nos arts. 860 do CC e 212 da LRP, Lei nº 6.015/73. (Ac. na Ap. 126.748/3, Rel. Des. José Brandão de Resende, j. em 13.04.99, *in* Walter Diab (editor-chefe), *Vade Mecum Jurídico Síntese*, Porto Alegre: Síntese, 2000, v. III, p. 2.674).

Ainda, no mesmo sentido, posicionou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Retificação de registro. Arts. 860 do Código Civil e 212 da Lei de Registros Públicos. Precedentes da Corte.

- 1. Na linha de precedentes da Corte, é possível a retificação do registro, para acréscimo de área, de modo a refletir a área do imóvel, desde que não haja, como no caso, impugnação dos demais interessados.

- 2. Recurso especial não conhecido. (Ac. no REsp 203.205-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 28.02.2000, *in* Walter Diab (editor-chefe), *Vade Mecum Jurídico Síntese*, Porto Alegre: Síntese, 2000, v. III, p. 2.674.)

Aqui, embora seja elogiável o zelo do digno Julgador de primeiro grau, a verdade é que houve, ao longo do tempo, várias alterações físicas na área, inclusive abertura de ruas. E a falta de manifestação dos atuais confrontantes patenteia que não está havendo invasão. Logo, é viável a retificação, e o inconformismo tem pertinência.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, determinando seja retificada a área do imóvel no respectivo registro, a fim de constar que a correta é de 2.746,09 m². Em primeiro grau de jurisdição, deverá ser expedido o competente mandado.

Sem custas.

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

O Sr. Des. *Rosauro Vieira Júnior* - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

**SERVIDOR - MAGISTÉRIO - PROFESSOR - CUMULAÇÃO PERMITIDA DE CARGOS DA MESMA NATUREZA
- ESTÁGIO PROBATÓRIO CUMPRIDO PARA O PRIMEIRO - DESNECESSIDADE PARA O SEGUNDO -
DIREITO MUNICIPAL - DETERMINAÇÃO PARA QUE SEJA COMPROVADO - DESCUMPRIMENTO DA
ORDEM JUDICIAL - PRECLUSÃO**

- O estágio probatório é o período de exercício do servidor, durante o qual a Administração apura a conveniência ou não de sua permanência no serviço público mediante verificação de requisitos estabelecidos em lei, tais como: idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc. Assim, se um servidor cumular licitamente dois cargos da mesma natureza, numa mesma pessoa jurídica de direito público interno, cumprido o estágio para o primeiro, não tem sentido repetir a exigência para o segundo.

- Ao juiz, em conformidade com o art. 337 do CPC, é facultado determinar à parte que prove o teor e a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Assim, se a parte descumpra a ordem judicial, opera-se a preclusão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.512-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível voluntária - Ação ordinária - Condenação da Fazenda Pública - Duplo grau de jurisdição obrigatório - Falta de remessa oficial - Conhecimento de ofício - Cumulação permitida de cargos - Estágio probatório cumprido para o primeiro - Desnecessidade em relação ao segundo - Direito municipal - Determinação para que seja comprovado - Descumprimento da ordem judicial - Preclusão - Sentença confirmada. - 1. O estágio probatório tem o objetivo de aferir se o servidor público tem idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência para as atividades que são a ele afetas. - 2. Havendo cumulação permitida de dois cargos da mesma natureza, cumprido o estágio para o primeiro, não tem sentido repetir a exigência para o segundo. Neste caso, o servidor já provou para a Administração que reúne os requisitos mencionados. - 3. O art. 337 do CPC faculta ao juiz determinar à parte comprovar o teor e vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. - 4. Deixando a parte de atender a determinação judicial, opera-se a preclusão. Revela-se correta a falta de apreciação do pedido alicerçado no direito local não comprovado. - 5. Remessa oficial conhecida de ofício. - 6. Apelações cíveis voluntárias conhecidas. - 7. Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2003. -
Caetano Levi Lopes - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Em juízo de admissibilidade verifico que houve condenação do Município de Belo Horizonte, e, apesar do duplo grau de jurisdição obrigatório, não houve remessa oficial.

Apesar da omissão levada a efeito em primeiro grau de jurisdição, *ex officio*, conheço da remessa obrigatória e dos recursos voluntários porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A primeira apelante aforou ação ordinária contra o segundo recorrente. Aduziu ser funcionária pública municipal e ocupar o cargo efetivo de professora de Geografia. Acrescentou ter sido aprovada em concurso público para outro cargo idêntico e para lotação em estabelecimento escolar diverso daquele em que leciona e o segundo recorrente estaria a exigir cumprimento de estágio probatório. Ela entende que deve ser dispensada de tal exigência. Aduziu, mais, que tem curso de pós-graduação e pleiteou novo posicionamento no quadro de carreira além do recebimento do respectivo adicional de remuneração. O segundo apelante entende que sua servidora não tem os direitos reclamados. Pela r. sentença de fls. 124/130 a pretensão foi parcialmente acolhida.

O *thema decidendum* desdobra-se em duas teses: ter a primeira apelante direito à dispensa do estágio probatório e ser devido o seu reposicionamento no quadro de carreira com o recebimento do respectivo adicional.

No primeiro caso, cumpre examinar se pode mesmo haver a dispensa do estágio.

O estágio probatório tem como fundamento a observação do comportamento do servidor concursado para verificar, inclusive, se ele reúne as condições para bom desempenho das tarefas inerentes às atividades a ele afetas. HELY LOPES MEIRELLES, no *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 418, ao dissertar sobre a estabilidade, esclarece:

Estágio probatório de três anos, terceira condição para a estabilidade, é o período de exercício do servidor durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência, etc.).

Ora, a primeira apelante está cumulando cargos por expressa permissão constitucional e perante a mesma pessoa jurídica de direito público interno. Já demonstrou que reúne todas as condições para desempenho das atividades a ela afetas. Não tem qualquer sentido exigir novo período de experiência para comprovar o que já está sobejamente provado.

Portanto, sob este aspecto, está correta a sentença.

Quanto à segunda tese, observo que a pretensão foi negada porque a primeira recorrente deixou de cumprir determinação judicial no sentido de acostar o texto integral, inclusive anexos, de lei municipal.

Tenho que a questão, aqui, é de preclusão.

Conforme se sabe, a preclusão constitui instituto temporal que permite a marcha do processo por encerrar suas etapas. A respeito esclarece HUBERTO THEODORO JÚNIOR, invocando Chiovenda, no *Curso de Direito Processual Civil*, 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 531, ensina:

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Na espécie, deixou de ser cumprida determinação do juízo. E a ordem encontra amparo legal no art. 337 do CPC. Cumpre, por ser oportuno, registrar que a determinação é uma faculdade concedida ao julgador mesmo porque ele não é obrigado a conhecer o direito municipal. Bem a propósito, eis a lição de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS no seu *Manual de Direito Processual Civil*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 425:

Ao juiz compete a aplicação do direito: *da mihi factum, dabo tibi ius*.

A parte poderá alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, caso em que a lei faculta ao juiz - não o obriga - determinar a prova da alegação.

A prova sempre se refere ao fato. O direito em si é imutável. A obrigatoriedade da prova do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário tem apenas finalidade utilitária de colaboração da parte com o juiz, na pesquisa puramente jurídica. O princípio do ônus da prova, aqui, não vigora, em toda sua plenitude. Se o juiz determinar a prova e a parte não o fizer, fica ele dispensado de apreciar o fato com base no direito alegado, mas nada impede que, em grau de recurso, a instância superior faça a devida apreciação.

Portanto, descumprida a ordem judicial, preclusa está a matéria. Nesse ponto, também, está correta a sentença, merecendo, portanto, integral confirmação.

Com esses fundamentos, confirmo a sentença em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários.

Sem custas.

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

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO - APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS - NOMEAÇÃO - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO - CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRETERIÇÃO POR NOVOS CONCURSADOS OU CONTRATADOS - INOCORRÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Não é dado ao Judiciário impor aos entes da Administração (direta ou indireta) que procedam à nomeação de candidato aprovado em concurso público, porque, agindo assim, estaria adentrando a valoração da conveniência e oportunidade do ato administrativo, o que escapa aos limites do controle judicial.

- O candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação, na medida em que o seu chamamento fica sob o crivo da conveniência e oportunidade da Administração, a qual não é obrigada a nomeá-lo dentro do prazo de validade do certame.

- O direito líquido e certo do candidato habilitado em concurso público exsurge quando, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas existentes por terceiros não concursados para o desempenho de função que competiria àquele. Não havendo a nomeação de outro concursado, ou a contratação de terceiros para exercer a função do cargo, incorrendo a preterição do candidato, não há direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310.216-7/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Aprovação em concurso público - Ausência de nomeação - Inexistência de direito líquido e certo - Mera expectativa de direito - Denegação da ordem - Confirmação da sentença. - O cidadão aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação, exsurgindo, contudo, o direito líquido e certo à respectiva nomeação, quando, dentro do prazo de validade do certame, são preenchidas as vagas existentes por terceiros não concursados, circunstância que revela a necessidade e oportunidade da Administração em contratar os candidatos habilitados.

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, 14 de abril de 2003. - Silas Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mário César Brito em face do Diretor-Presidente do SAAE-Serviço Autônomo de Água e Esgoto da Prefeitura Municipal de São Lourenço ao argumento de que, em 24.05.1998, o SAAE publicou edital de concurso para preenchimento de várias funções, dentre elas a de

topógrafo, para a qual concorreu o impetrante e foi aprovado em primeiro lugar (fls. 10). Prorrogado uma vez o prazo de validade do concurso, estendeu-se até 30.06.2002 (fls. 12). Todavia, estando já para vencer esse novo prazo, o impetrante não foi chamado para preencher a única vaga existente e para a qual foi aprovado, motivo pelo qual impetrou o presente *mandamus*, por entender que com essa omissão a autarquia-ré violou seu direito líquido e certo, passível de correção pelo *writ*, pretendendo, assim, ver-se empossado imediatamente no cargo.

A liminar foi denegada consoante se observa à fl. 14.

Às fls. 16/20, o impetrado apresentou informações, asseverando que:

- a aprovação em concurso não assegura direito à nomeação, conforme prevê a cláusula VIII, nºs 5 e 6 do edital do concurso;

- afigura-se inviável à Administração o preenchimento do cargo de topógrafo, em face da ausência de atividades, tanto que foi expedida portaria declarando a desnecessidade desta função na estrutura organizacional da autarquia;

- não há direito líquido e certo do impetrante a ser protegido.

Parecer ministerial às fls. 33/37, opinando pela denegação da segurança pleiteada.

Às fls. 38/45, o MM. Juiz sentenciante julgou extinto o *mandamus* "ante a impossibilidade jurídica do pedido do impetrante e face a ausência de liquidez e certeza do direito invocado, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil".

Inconformado, o impetrante apresenta seu apelo às fls. 47/52, aduzindo que o princípio da legalidade restou menosprezado, uma vez que a Administração deixou de preencher uma vaga que ela mesma disponibilizou, donde ressaí patente o seu direito líquido e certo.

Contra-razões de apelo às fls. 56/58.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às fls. 68/70, recomendando a negativa de provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade e o faço para denegá-lo.

Com efeito, é unânime, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que o cidadão aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação, à medida que o chamamento do candidato fica sob o crivo de conveniência e oportunidade da Administração, a qual não é obrigada a nomeá-lo dentro do prazo de validade do certame.

Nesse sentido é o escólio de HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., p. 376:

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discrição do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá preterição de seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV.

Sobre o mérito administrativo consistente no exame da conveniência e oportunidade procedida pela Administração para a prática de ato administrativo, vale, ainda, reproduzir a lição do supramencionado doutrinador:

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando

internamente as consequências ou vantagens do ato. O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizado a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que o "merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária" (*omissis*). Em tais atos (*discricionários*), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação (obra citada, p. 137/138) (grifei).

Inferre-se, pois, que ao Judiciário não é dado impor aos entes da Administração (direta ou indireta) que procedam à nomeação daquele que obteve êxito em concurso, porque, agindo assim, estaria adentrando a valoração da conveniência e oportunidade do ato administrativo, o que escapa aos limites do controle judicial sobre tais atos.

Colaciono os precisos argumentos invocados pelo Relator Des. Bady Curi, no voto por ele proferido, em sede de Apelação Cível nº 166.038-0/00:

(...) mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado. Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discrição do Poder Público (j. em 27.04.2000).

Por outro lado, a construção pretoriana tem assentado, reiteradamente, que o direito líquido e certo do candidato habilitado exsurge quando, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas existentes por terceiros não concursados para o desempenho de função que competiria àquele, posto que a contratação precária consiste justamente no reconhecimento da necessidade de provimento dos cargos.

A propósito, à colação julgado deste Pretório:

Administrativo. Concurso público. Preterição de candidatos aprovados. Contratação precária dentro do prazo de validade. Recurso especial. - É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade

do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária. (STJ-5ª T, REsp nº 263.071, Ministro Edson Vidigal, DJ de 04.12.2000.)

Ressalte-se, por derradeiro, que, na hipótese em apreço, o impetrante obteve êxito no concurso realizado pelo SAAE em meados de 1998, restando classificado em primeiro lugar para o cargo de topógrafo, sendo certo que não houve ocupação dessa função até a propositura da presente demanda, e, portanto, não ocorreu preterição em favor de outro concursado, conforme admitido pelo próprio impetrante em suas razões de apelo de fls. 51.

Assim, diante do contexto que a situação fática se revela na presente impetração, não vislumbro o direito líquido e certo do suplicante à nomeação, porque, repiso, a nomeação dos habilitados fica à mercê da oportunidade e efetiva necessidade da Administração Pública.

PENSÃO - MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO - SUPRESSÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - NECESSIDADE - VALOR CORRESPONDENTE À INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS DO SERVIDOR - APLICAÇÃO DO ART. 40, §§ 7º E 8º, DA CF/88 - JUROS MORATÓRIOS RELATIVOS A CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR - APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1% AO MÊS - INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO DECRETO-LEI Nº 2.322/87

- A vantagem pecuniária percebida há vários anos por pensionista se incorpora ao seu patrimônio e não pode ser suprimida pela Administração Pública sem a imperiosa instauração de processo administrativo, no qual deverá ser assegurado ao administrado o direito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal/88.

- O valor da pensão por morte de servidor público deve refletir o que este percebia em atividade, em conformidade com os §§ 7º e 8º do art. 40 da CF/88.

- Os juros moratórios relativos ao pagamento de pensão por morte de servidor devem ser calculados à base de 1% ao mês, em conformidade com o art. 3º do Decreto-lei nº 2.322/87, uma vez que tal pagamento é considerado crédito de natureza alimentar.

APelação CÍVEL Nº 317.068-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Administrativo - Benefício previdenciário - Dependente de ex-servidor - Supressão - Instauração de procedimento administrativo - Ampla defesa e contraditório - Ausência - Impossibilidade - Inteligência do art. 5º, LV, da Constituição da República. - A supressão, pela Administração Pública, de benefício previdenciário pago a dependente de ex-servidor deve ser precedida de instaura-

Destarte, correto o desfecho sentencial, exceto no que tange à parte dispositiva da sentença que extinguiu a presente ação mandamental, que ora altero, para denegar a ordem pleiteada, à medida que o mérito do *mandamus* foi enfrentado.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e, de ofício, altero a parte dispositiva da sentença, para denegar a segurança.

Custas recursais, pelo impetrante, suspensa a exigibilidade, porquanto o mesmo litiga sob os auspícios da justiça gratuita.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

ção de procedimento administrativo, assegurados os constitucionais direitos à ampla defesa e contraditório, nos termos da norma 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. -
Dorival Guimarães Pereira - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, a Drª Maria Magda Vasconcelos Corgosinho.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Lázara Vieira Lopes, em face do Ipsemg-Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, na qual alega que, com a morte de seu pai, ex-segurado do Instituto, passou a receber pensão, juntamente com sua mãe, a partir de 1981, no entanto o réu, a partir de janeiro de 2001, cancelou o benefício, ao argumento de que a autora passou a exercer atividade laborativa, com o que não mais faz jus ao recebimento do benefício.

A sentença de fls. 89/92-TJ julgou procedente o pedido constante da vestibular, observando que:

deve o Ipsemg adotar providências eficazes para controle desta situação, eis que o direito da autora decorre de texto expresso da lei, e não de possível atividade social do réu. E para cessá-lo mister haja 'assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (Art. 5º, LV). Porquanto, dada a irretroatividade que impera em nosso ordenamento jurídico, e por ser a prestação requerida de cunho alimentar, já constitui patrimônio da autora (*litteris*, fls. 91-TJ).

Inconformado, apela o Instituto-réu, alegando, em síntese, que o benefício referido foi cancelado, por não ter mais a apelada direito ao recebimento de pensão, de caráter temporário, nos termos da lei, pois tem 41 (quarenta um) anos e não é inválida, sendo que a lei somente confere tal privilégio aos filhos menores de 21 (vinte um) anos ou inválidos, além de insurgir-se contra a fixação dos juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 96/102-TJ.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

A questão posta em discussão nos presentes autos diz respeito ao cancelamento do benefício previdenciário auferido por dependente de ex-segurado do Ipsemg, sob o argumento de que ultrapassou ela, desde há muito, a idade máxima de 21 (vinte um) anos, além de exercer atividade remunerada, o que faz cessar seu benefício.

De fato, determina o art. 23, II, alíneas a e b, da Lei 1.195/54 que:

Art. 23. As pensões mensais serão:

II - Temporárias:

a) Para cada filho, ou enteado de qualquer condição, até a idade de 21 (vinte e um) anos;

b) Para as filhas solteiras, que não estiverem recebendo proventos, como funcionárias ou empregadas, ou não vivam às expensas próprias.

No entanto, embora tenha o apelante afirmado em contrário, conforme já asseverado em inferior instância, a recorrida não está exercendo atividade laborativa e tampouco recebendo qualquer tipo de benefício, pelo que, em tese, preenche os requisitos legais para recebimento da pensão de seu falecido pai.

Ademais, deve-se levar em conta que a necessidade de instauração do devido processo legal, no seio da Administração Pública, em atos que impliquem alteração da condição do servidor público, mormente no que diz respeito à revogação de aposentadoria e pensão, não apresenta maiores obstáculos, face às remansosas jurisprudência e doutrina, neste aspecto.

Como muito bem observou o saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES:

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 24ª ed., 1999, p. 618).

Neste eg. Tribunal de Justiça, vários são os julgados, pela ilegalidade de revogação de aposentadoria e pensão, sem conferir à parte contrária a prerrogativa da ampla defesa e contraditório, como se constata dos arestos adiante colacionados:

Não é possível a revogação da pensão sem que sejam assegurados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que normalmente ocorrem no processo administrativo.

No caso dos autos tal procedimento não ocorreu, nem foi a apelada convocada a apresentar defesa, a acompanhar a coleta de provas, etc. A sindicância não foi meio legítimo para a punição de ordem patrimonial, pois não respeitou-se a garantia constitucional do devido processo legal (1ª CC, Apelação Cível nº 184.508-0, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, j. em 6.6.00, DJ de 16.6.00).

A supressão pela Administração Pública de vantagem pecuniária de servidor público aposentado, percebida há vários anos, já incorporada ao seu patrimônio, não pode ocorrer sem a imperiosa instauração do processo administrativo, assegurando-se ao administrado o devido processo legal com direito à ampla defesa e contraditório, nos termos dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República (4ª CC, Apelação Cível nº 193.637-6, Rel. Des. Bady Curi, j. em 18.10.01, DJ de 14.11.01).

Liminar - Mandado de segurança - Aposentadoria proporcional - Revogação - Necessidade de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao servidor - Existência dos requisitos que autorizam a concessão de liminar - Autoriza-se a concessão de liminar em mandado de segurança desde que, sendo relevante o fundamento da demanda, haja risco de que a demora inerente ao processo torne ineficaz o provimento final (3ª CC, Agravo de Instrumento nº 223.445-8, Rel. Des. Aloysio Nogueira, j. em 6.9.01, DJ de 28.9.01).

No colendo Superior Tribunal de Justiça, encontra-se o seguinte entendimento, *in verbis*:

Previdenciário - Restabelecimento de benefício de aposentadoria rural por idade - Suspensão por suspeita de fraude - Falta de prequestionamento - Ausência de procedimento administrativo - Precedentes desta Corte.

- A suspeita de suposta fraude não enseja o cancelamento do benefício previdenciário de plano, dependendo sua apuração de processo administrativo, assegurados os direitos do contraditório e da ampla defesa.

- Precedentes desta Corte (5ª T., REsp nº 172.869/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 19.6.01, DJ de 20.8.01, p. 511).

Previdenciário. Benefício. Fraude. Suspensão. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. - A suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário concedido mediante fraude pressupõe, necessariamente, prévio e regular procedimento administrativo, no qual seja assegurado ao beneficiário o direito à defesa, ao contraditório e ao devido processo legal. (Precedentes.) Recurso desprovido (5ª T., REsp nº 279.369/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 9.4.02, DJ de 29.4.02).

Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Não-conhecimento. Benefício. Suspensão. Princípios do contraditório e da ampla defesa.

- 1. Ausente o prequestionamento da matéria relativa à tutela, porquanto não apreciada pelo julgador recorrido, explícita ou implicitamente, e opostos os embargos declaratórios, que foram rejeitados, inviável o conhecimento do especial (Súmulas 282 e 356/STF).

- 2. Resulta incorreta a suspensão de benefício previdenciário, sob suspeita de concessão indevida, sem a realização de prévio processo administrativo em que fiquem assegurados ao beneficiário os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

- 3. Recurso especial não conhecido (6ª T., REsp nº 326.621/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 7.2.02, DJ de 4.3.02).

Quanto ao pagamento da pensão em valor que o servidor receberia, se vivo estivesse, os mandamentos constitucionais constantes do art. 40, § 7º e § 8º, acrescentados pela Emenda Constitucional 20/98, são cristalinos ao mencionar que os pensionistas terão direito à contraprestação pecuniária em valor idêntico aos proventos do servidor falecido, que, *ipso facto*, serão iguais à remuneração do servidor que estiver em atividade, sendo devido o reajuste nas pensões na mesma proporção e data destes últimos, nos termos em que se seguem:

Art. 40. (omissis)

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão 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.

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Portanto, emerge incontestado do Texto Constitucional, o direito da apelada em perceber pensão em valor igual à remuneração do servidor em atividade, considerando-se a auto-aplicabilidade das normas insertas naquele diploma magno, segundo entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Pensão por morte do servidor público. Aplicação do artigo 40, § 5º, da Constituição Federal. 2. Esta Corte já firmou 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. 3. Inexigibilidade, por outro lado, da observância do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pela Constituição (2ª T., RE nº 220.851/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3.2.98, DJU de 1.10.99, p. 50).

A pensão devida aos dependentes do servidor falecido há de refletir o que este perceba em atividade. Defeso é excluir, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, como é o caso das diárias operacionais, da gratificação de risco de vida e da indenização pela função policial militar a que o Estado do Ceará obrigou-se a satisfazer (2ª T., AGRAG nº 265.373/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10.10.00, DJU de 2.2.01, p. 81).

E, relativamente aos juros moratórios, objeto de inconformismo do irrisigante, há que se ressaltar que, nos termos da jurisprudência dominante do eg. Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de verba de caráter alimentar, tal qual é a hipótese de pagamento de pensão por morte, os juros moratórios devem incidir sobre o valor devido à razão de 1% (um por cento) ao mês, o que se deflui pela transcrição das seguintes ementas:

Administrativo - Pensão por morte - Pensionistas de ex-funcionários da Fepasa - Juros moratórios - Decreto-lei nº 75/66 - Decreto-lei nº 2.322/87 - Art. 1.062 do Código Civil.

- 1. Sobre as diferenças resultantes da complementação do benefício referido, embora não tenha origem em relação trabalhista, mas estatutária, devem incidir juros moratórios calculados à taxa de 1% ao mês, mas apenas a partir da citação (Súmula 204 do STJ).

- 2. Recurso conhecido apenas para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação válida (6ª T., REsp nº 333.106/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 12.3.02, DJ de 15.4.02, p. 270).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Acórdão fundamentado em direito local. Complementação de aposentadoria. Juros de mora. Natureza salarial. Percentual de 1% ao mês.

- 1. Não se conhece de recurso especial fundado nos permissivos constitucionais das alíneas a e c, na hipótese do exame da ofensa e do dissídio interpretativo da lei federal reduzindo-se, inarredavelmente, à apreciação de questões de índole local, tomadas como fundamentação no acórdão impugnado.

- 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- 3. Incidem juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês sobre dívida resultante de complementação de aposentadoria, em face de sua natureza salarial. Precedentes.

- 4. Agravo regimental improvido (6ª T., AGA nº 387.822/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. em 3.12.01, DJ de 25.2.02, p. 482).

Administrativo - Civil - Recurso especial - Ag. regimental - Servidor público federal - Proventos - Juros moratórios - Natureza alimentar 1% ao mês.

- 1 - Os vencimentos/proventos dos servidores públicos, sendo contraprestações, são créditos de natureza alimentar. Logo, há que se ponderar que a matéria não versa sobre Direito Civil, com aplicação do dispositivo contido no art. 1.062 do CC, mas sim de normas salariais, não importando se de índole estatutária ou celetista. Na espécie, aplica-se o art. 3º do Decreto-lei nº 2.322/87, incidindo juros de 1% ao mês sobre dívidas resultantes da complementação de salários.

- 2 - Precedentes (STF, RE nº 108.835-4/SP e STJ, REsp nº 7.116/SP e EREsp nº 58.337/SP e 116.014/SP).

- 3 - Agravo regimental conhecido, porém, desprovido (5ª T., AGRESP nº 289.543/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 4.10.01, DJ de 19.11.01, p. 307).

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

A Srª. Des.ª Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SERVIDOR - VIOLAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL - RECEBIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA - PROVA ILÍCITA - INEXISTÊNCIA - FLAGRANTE PREPARADO - INOCORRÊNCIA - SIGILO BANCÁRIO - DIREITO NÃO ABSOLUTO - QUEBRA - POSSIBILIDADE EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO

- Não ocorre o flagrante preparado, se for comprovado que, de fato, o servidor obteve vantagem indevida decorrente da violação de seu dever funcional.

- O simples fato de se amparar a ação civil pública em prova obtida por intermédio de matéria jornalística não a inquina de invalidade desde a origem, devendo, pois, prosseguir seu trâmite, com o recebimento da inicial e a devida instrução do feito.

- A garantia constitucional do sigilo bancário cede perante a supremacia do interesse público, pois os direitos fundamentais não são absolutos e encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social e autoridade do Estado.

AGRAVO Nº 291.195-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação civil pública - Prova ilícita - Inocorrência - Sigilo bancário - Direito não absoluto - Quebra - Possibilidade em prol do interesse público. - Não se considera ilícita a prova decorrente de gravação audiovisual envolvendo réu em ação civil pública e repórter de TV. Não sendo o sigilo bancário um direito absoluto, cabível se mostra a sua mitigação diante do interesse público, legitimando a sua quebra por determinação judicial. Rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 08 de maio de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Marcelo Miranda Parreiras.

O Sr. Des. *Kildare Carvalho* - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pela MMª. Juíza da 3ª Vara de Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Luís Sérgio Lopes Gazola, aqui agravante, recebeu a petição inicial, deferindo o pedido de quebra do sigilo bancário do requerido.

Sustenta o recorrente, preliminarmente, estar a decisão impugnada carente de fundamentação. No mérito, aduz que a ação civil pública sob enfoque se apoia em fato forjado, previamente preparado por terceiros, em que ocorreu simulação de situação fática,

com a utilização oculta de câmera de televisão, sem qualquer autorização para tanto, o que equivale a dizer que a questão posta se baseia em acusação obtida de maneira ilícita, inadmitida pelo ordenamento jurídico pátrio. Colaciona, em seguida, julgados que entende aplicáveis à espécie, aduzindo inexistir violação aos princípios da moralidade e da legalidade, bem como à vedação de enriquecimento ilícito. Faz considerações acerca do sigilo bancário, enquanto instrumento de defesa da intimidade, e requer a reforma da decisão originária.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Afasto, de início, a preliminar de carência de fundamentação da decisão agravada, argüida pelo recorrente.

É que uma simples leitura do mencionado *decisum*, neste instrumento colacionado às fls. 52/55-TJ, demonstra a insubsistência da alegação.

Com efeito, pode-se constatar que estão presentes nesta todos os elementos necessários para a sua exata compreensão, tanto assim que fora ela taxativamente impugnada através deste recurso.

Portanto, rejeito a prefacial e analiso o mérito do agravo.

Constata-se, dos autos, que o objeto de insurgência do agravante concerne ao recebimento da petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo *Parquet* do Estado de Minas Gerais em seu desfavor, assim como contra o deferimento da quebra do seu sigilo bancário, sob o argumento principal de que a prova que ampara a mencionada demanda se encontra inquinada de ilegalidade.

Observa-se, portanto, que o primeiro ponto a ser analisado, neste momento, diz respeito à licitude

da prova que ensejou a propositura da ação civil pública sob enfoque e que, por isso, estaria a contaminá-la.

Compulsando o processado, infere-se que a presente demanda foi ajuizada com amparo em uma matéria jornalística veiculada pela TV Globo, no mês de setembro de 2001, na qual o agravante, na condição de assessor do Deputado Ailton Vilela, estaria a praticar, no recinto da Assembléia Legislativa, atos de agiotagem e usura.

É possível se constatar, ainda, que foi instaurado o competente inquérito civil público, anteriormente ao ajuizamento desta ação.

No bojo de tal inquérito, por sua vez, fora o agravante ouvido sobre os fatos objeto da acusação.

Eis um dos trechos do seu depoimento:

que o declarante, vendo o desespero da mulher e tomado por sentimento de pena, resolveu emprestar-lhe duzentos e poucos reais; que lhe deu um cheque pessoal, no valor de R\$43,00, cuja cópia está acostada às fls. 11, trinta e poucos reais em dinheiro e um cheque de terceiro; ... que o declarante cobrou juros de 1% ao mês, sendo os cheques dados pela mulher para o dia 3 de fevereiro de 2002, totalizando 5% (cinco por cento); que bem antes desse fato o declarante já tinha dado entrada em documentação para montar uma empresa de *factoring* (fls. 70-TJ)

Ouviu-se, ainda, o Deputado Estadual Ailton Vilela, que informou haver desligado o agravante do seu gabinete, tão logo tomou conhecimento da matéria veiculada pela TV Globo (fls. 50-TJ).

Pois bem. O que se infere, através de uma análise própria deste momento processual e com os dados fornecidos por este instrumento, é que inexistente mácula na origem da ação civil pública em comento, a justificar seja o não-recebimento da inicial, seja a conservação do sigilo bancário do recorrente.

É bem verdade que a doutrina e a jurisprudência não têm admitido as provas obtidas de forma clandestina, sendo certo, ainda, que a Súmula 145 do STF preceitua não haver crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a sua consumação.

No caso dos autos, todavia, vê-se que o recorrente, ao prestar depoimento junto ao Ministério Público, corroborou o conteúdo da matéria jornalística apresentada pela Rede Globo.

Imperioso se faz ponderar, outrossim, sobre a existência de um confronto entre o interesse público e o direito individual do agravante, o que justifica a preponderância do primeiro sobre o segundo, autorizando a sua defesa através dos meios disponíveis.

Com relação à preparação do flagrante e, por consequência, à sua imprestabilidade para a instrução da ação civil sob estudo, transcrevo parte do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 7.863/DF, em caso semelhante ao dos autos, em que a ação se apoiou em matéria veiculada pela Rede Globo de Televisão, através do programa "Fantástico":

Ao que se tem, o flagrante preparado que conduz à inexistência de crime é o que conduz desde antes à impossibilidade de sua consumação, negando o princípio 'não há crime sem resultado'.

In casu, ilicitude havia, ilicitude foi praticada, provocada ou não provocada, já que o caminhão efetivamente trafegou na estrada antes e depois da intervenção do servidor público improbo e bem certo é que à corrupção ativa se sucedeu a passiva, eis que, recusada a proposta, foi o servidor ao domínio do fato, passando ele a solicitar quantia maior para que o caminhão transportando madeira extraída ilegalmente da Mata Atlântica pudesse prosseguir, como prosseguir.

Desse modo, não há falar na ocorrência de flagrante preparado, já que, de fato, houve a obtenção de vantagem indevida pelo servidor, com violação do dever funcional.

Ora, como se observa, o simples fato de se amparar a ação civil pública em prova obtida através de matéria jornalística não a inquina de invalidade desde a origem, devendo, pois, prosseguir o seu trâmite, com o recebimento da inicial e a devida instrução do feito.

Assim, superada a questão relativa à ilicitude da prova, imperioso se faz examinar a possibilidade da quebra do sigilo bancário *in casu*, em detrimento do direito individual do agravante.

Como se sabe, não existe direito absoluto. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado etc., resultando daí restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade.

Esta, sem dúvida, a hipótese dos autos.

Por certo que a garantia constitucional do sigilo bancário cede perante a supremacia do interesse público, como vêm decidindo reiteradamente os tribunais pátrios:

Omissis. O sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário. A quebra do sigilo compatibiliza-se com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, CF, cónsono jurisprudência do STF (STJ - ROMS 8.716/GO).

Sigilo bancário, fiscal e telefônico. Existência de interesse público. Apuração de irregularidades. - Interesses particulares na conservação do sigilo de informações pessoais não estão acima do interesse público, consistente na preservação do patrimônio público, especialmente diante da gravidade dos fatos apontados na ação civil pública e da ausência de elementos que demonstrem qualquer arbitrarie-

TRANSPORTE MUNICIPAL (MOTOTÁXI) - LICITAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - CANCELAMENTO DETERMINADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL - SUSPENSÃO DOS EFEITOS - IMPOSSIBILIDADE - ATO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE - ANULAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO - POSSIBILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CONTRATADO - INOCORRÊNCIA

- O serviço de transporte de passageiros (mototáxi) não se encaixa nos casos em que os arts. 17, 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93 determinam que o Poder Público pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível. Assim, se o município contrata aquele serviço de transporte sem que tenha havido o prévio e obrigatório processo licitatório, não há como conhecer elementos que evidenciem o direito líquido e certo invocado pelo contratado para suspender os efeitos do ato administrativo que determinou o cancelamento da inexigibilidade de licitação.

- A anulação dos atos administrativos pela própria Administração, quando ilegais, constitui a forma normal de invalidação da atividade ilegítima do Poder Público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.387-1/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Transporte municipal mototáxi - Ausência de direito líquido e certo em face da inexistência de licitação - Extinção sem julgamento do mérito - Sentença reformada. - 1 - O serviço de transporte de passageiros mototáxi não se encaixa nos casos em que os arts. 17, 24, 25 e 26 da Lei 8.666/93 determinam que o Poder Público pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível. - 2 - Para se aferir eventual violação ao direito invocado na inicial, indispensável seria a

realização do procedimento licitatório, fato inexistente na demanda.

Assim, diante do exposto, não encontro razões que justifiquem a reforma da decisão monocrática, seja no que tange ao recebimento da petição inicial da ação civil pública em voga, seja no que se refere à determinação de quebra do sigilo bancário do agravante.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

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

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

realização do procedimento licitatório, fato inexistente na demanda.

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 CASSAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2003. - Sérgio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Associação dos Proprietários de Mototáxi de Araguari - APMTA contra ato do Secretário Municipal de Administração da Prefeitura Municipal de Araguari, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Araguari. Aduz que a autoridade coatora determinou o cancelamento da inexigibilidade de licitação nº 02/2002, que tem por objeto o credenciamento dos serviços de mototáxi, prestados no Município de Araguari.

Relata o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa incididos também na esfera do processo administrativo. Manifestou, ainda, seu inconformismo com a notícia de que os alvarás concedidos aos mototaxistas não mais iriam ser renovados a partir de 31 de dezembro de 2001.

Ao final, requereu a suspensão dos efeitos do cancelamento da inexigibilidade de licitação, mantendo-se a validade dos alvarás, assegurando-se o direito de renovação às empresas não incidentes nas infrações do artigo 22 do Decreto Municipal 019/99.

Liminar indeferida (fls. 33-v.).

Informações da autoridade coatora às fls. 39/40, alegando que a impetrante sequer formulou seu pleito administrativamente, e que todos os alvarás de funcionamento de empresas de mototáxi em Araguari já se encontram vencidos, inexistindo, portanto, o objeto do mandado de segurança. Quanto ao cancelamento do processo de inexigibilidade de licitação, optou por não se manifestar, solicitando a denegação da ordem.

Parecer ministerial às fls. 71/75, opinando pela concessão parcial da ordem pleiteada.

A segurança foi, a final, parcialmente concedida, fls. 77/79, determinando a suspensão dos efeitos do cancelamento de inexigibilidade de licitação nº 02/2001, submetida a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, fls. 86/99, opinando pela reforma da decisão a fim de que seja inteiramente negada a segurança.

Conheço da remessa oficial nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A decisão monocrática lançou-se no sentido de determinar a suspensão dos efeitos do cancelamento de inexigibilidade de licitação nº 02/2001, sob o fundamento de que a Prefeitura Municipal de Araguari, ao anular o ato já consumado, não observou o direito ao contraditório e à ampla defesa, consagrado pela CF e amparado pelo § 3º do art. 49 da Lei 8.666/93.

Mas, conforme consta nos autos, não houve nenhum processo de licitação para a concessão de serviço público de transporte na modalidade de mototáxi.

A Prefeitura, através do Decreto Municipal 019/99, suprimiu a licitação ao legalizar o serviço de mototáxi através de credenciamento. O art. 26 do referido decreto ainda determinou a imediata abertura e adequada condução do procedimento de inexigibilidade de licitação, com base nos arts. 25 e 26 da Lei Federal 8.666/93.

Porém, o transporte urbano é considerado serviço público, sendo obrigatória a realização de um regular processo de licitação para admitir as empresas ou entidades prestadoras de serviço.

Tal obrigatoriedade recai da exigência descrita no art. 37, inc. XXI, da CF, que sujeita toda Administração Pública, direta, indireta e fundacional, a realizar licitação de obras, serviços, compras e alienações.

O serviço de transporte de passageiros mototáxi não se encaixa nos casos em que os arts. 17, 24, 25 e 26 da Lei 8.666/93 determinam que o Poder Público pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível.

Comprovadas a indispensabilidade e a inexistência da licitação, constata-se o erro da r. decisão monocrática ao afirmar que houve infração do dispositivo assentado pelo § 3º do art. 49 da Lei 8.666/93, no qual estabelece que, no caso de desfazimento do processo licitatório, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Ora, sequer houve o procedimento licitatório, o que acarreta a não-aplicação da lei que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Ademais, de acordo com o documento de fls. 42/69 o Ministério Público propôs uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa devido ao fato de a Administração Pública Municipal estar procedendo à autorização do serviço de transporte

público remunerado de passageiros mototáxi *sem que tenha havido o prévio e obrigatório processo licitatório*.

Ainda, é permitido ao Poder Público anular seus atos que já originaram viciados. Nesse sentido, colha-se a lição fornecida pelo renomado jurista HELY LOPES MEIRELLES:

A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos.

Pacifica é, hoje, a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo a revogação, e não a anulação) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., Malheiros Editores).

Ao caso em tela não há como conhecer de elementos que evidenciam o direito líquido e certo.

Para se aferir eventual violação ao direito invocado na inicial, indispensável seria a realização do procedimento licitatório, fato inexistente na demanda.

Assim têm decidido nossos tribunais:

Processo Civil. Mandado de segurança. Não-comprovação de direito líquido e certo. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Sentença mantida.

1. O mandado de segurança carece de prova pré-constituída.
2. Não comprovado direito líquido e certo da impetrante.
3. Apelação improvida.

Decisão:

Negar provimento à apelação, à unanimidade.

EDUCAÇÃO - ENSINO MÉDIO - DIPLOMA SECUNDÁRIO OBTIDO NO EXTERIOR - VALIDAÇÃO - EXIGÊNCIA DO MÍNIMO DE ONZE ANOS DE ESTUDOS - SOMA DOS PERÍODOS CURSADOS NO BRASIL E NO EXTERIOR - EXIGÊNCIA NÃO SATISFEITA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À VALIDAÇÃO DO DIPLOMA ESTRANGEIRO - INEXISTÊNCIA

Referência legislativa: Lei nº 1.533, art. 16. CPC, art. 267, incs. IV e VI. (Apelação em Mandado de Segurança nº 1997.010.00.52924-1/GO (00082583), 4ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Hilton Queiroz, j. em 27.04.1999, publ. no *DJ* de 17.09.1999, p. 133.)

Mandado de segurança - Prova deficiente - Extinção do processo. - Se o Impetrante não comprova a alegada ofensa a direito seu, extingue-se o processo de mandado de segurança.

Decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Garcia Vieira e Francisco Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Francisco Falcão e Nancy Andrichi.

Referência legislativa: Lei nº 1.533/51. (LMS-51 - Lei do Mandado de Segurança, art. 6º) (Mandado de Segurança nº 6.206/DF, Primeira Seção do STJ, Rel. Humberto Gomes de Barros, j. em 09.02.2000, publ. no *DJ* de 03.04.2000, p. 00103.)

No tocante ao pedido de renovação dos alvarás que autorizam o transporte, entendendo impossível o pleito, uma vez que, conforme exposto acima, afigura-se ausente o direito líquido e certo indispensável ao *mandamus*.

Isso posto, em reexame necessário, com fulcro nos arts. 6º e 8º da Lei 1.533/51 c/c art. 267, incs. IV e VI, do CPC, cassa a r. sentença a quo para extinguir o feito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CASSARAM A SENTENÇA.

- O direito brasileiro exige, para a conclusão do ensino médio, um mínimo de onze anos de estudos assim distribuídos: oito anos no ensino fundamental e pelo menos três anos no ensino secundário. Assim, para que o diploma obtido em escola secundária do exterior seja validado no Brasil, para fins de conclusão do ensino de segundo grau, é necessário que a somatória dos períodos cursados no Brasil e no exterior atinja o mínimo de onze anos de estudos, sob pena de inexistência de direito líquido e certo à validação do diploma estrangeiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.544-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Validação de diploma secundário obtido no exterior - Exigência do mínimo de onze anos de estudos, somados os tempos cursados no Brasil e no exterior - Inexistência de direito líquido e certo - Improcedência da demanda. - O direito brasileiro exige que, para a conclusão do ensino médio, são necessários, no mínimo, onze anos de estudos assim distribuídos: oito anos no ensino fundamental e pelo menos três anos no ensino secundário. Assim, para que o diploma obtido em escola secundária do exterior seja validado no Brasil, para fins de conclusão do ensino de segundo grau, é necessário que a somatória dos tempos cursados no Brasil e no exterior seja de, no mínimo, onze anos de estudos, sob pena de inexistência do direito líquido e certo à validação do diploma estrangeiro.

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, 24 de abril de 2003. - Maria Elza - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de mandado de segurança impetrado por L.C.M., menor representado por seu pai, contra ato da Diretora da Diretoria de Normas Pedagógicas e Funcionamento Escolar do Conselho Estadual de Educação do Estado de Minas Gerais. O impetrante alegou que, a partir de agosto de 2001, cursou, por um ano letivo, o segundo grau em instituição de ensino dos Estados Unidos da América. Disse que, ao pleitear a validação de equivalência de estudo, teve seu requerimento indeferido por ato da pretensa autoridade coatora, ao fundamento de que o impetrante não satisfazia as exigências da Resolução nº 441, de 26.3.2001, do Conselho Estadual de Educação. O impetrante afirmou que tal resolução não poderia ter caráter retroativo, além de a decisão da autoridade coatora não ter sido devidamente fundamentada.

Posteriormente ao indeferimento da medida liminar, a sentença de fls. 80/83-TJ julgou improcedente a demanda, reconhecendo a inexistência de direito líquido e certo do impetrante. Contra a sentença foram interpostos os embargos de declaração de fls. 87/89-TJ, que foram rejeitados pela decisão de fls. 91/92-TJ.

Em apelação de fls. 94/98-TJ, o impetrante reafirma os argumentos apresentados em sua petição inicial e pede que seja dado provimento ao recurso para que seja julgada procedente a demanda.

Nas contra-razões de fls. 106/109-TJ, o Estado de Minas Gerais pede que seja negado provimento à apelação para que se mantenha, por conseguinte, o mesmo entendimento jurídico adotado na sentença recorrida.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 79/85-TJ.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para a sua admissibilidade, conhece-se da apelação.

Após detida análise dos autos, constata-se que, de fato, o apelante cursou, no Brasil, oito anos de ensino fundamental (entre os anos de 1992 a 1999) e um semestre letivo de ensino médio (primeiro semestre de 2000), conforme demonstram os documentos de fls. 23/25-TJ. Em sequência aos anos de estudos acima mencionados, o apelante cursou um ano letivo de ensino secundário nos Estados Unidos da América (agosto de 2000 a maio de 2001), nos termos dos documentos de fls. 16/22-TJ. Conclui-se, portanto, que o apelante somou apenas nove anos e meio de estudos, entre o ensino fundamental e o médio.

Por outro lado, a legislação brasileira, em especial a Lei Federal n. 9.394/96, exige que, para a conclusão do ensino médio, são necessários, no mínimo, onze anos de estudos, assim distribuídos: oito anos no ensino fundamental e pelo menos três anos no ensino secundário. Observa-se, pois, e de maneira por demais clara, que o apelante não satisfaz as exigências da legislação brasileira, e não

apenas da Resolução nº 441 do Conselho Estadual de Educação, como por ele sustentado.

O fato de a escola estadunidense ter inserido o apelante na décima segunda série não implica que, verdadeiramente, tenha o apelante completado os onze anos mínimos exigidos pela ordem jurídica brasileira, como já mencionado. Além disso, a autenticação do diploma do apelante pelo Consulado-Geral do Brasil em Houston implica apenas a veracidade da documentação apresentada ao Consulado, mas não gera a satisfação das exigências do Direito Brasileiro. Tal fato torna-se ainda relevante se se levar em conta que o certificado conferido pela escola estadunidense ao apelante (f. 19-TJ) apenas atesta a sua frequência escolar pelo período de um ano letivo, ainda que tenha o apelante sido bem sucedido nas matérias que cursou naquela instituição.

Por essas observações, pode-se objetivamente aferir que o apelante não tem direito líquido e certo à validação de seu diploma estadunidense para fins de lhe ser assegurada a conclusão do ensino médio no Brasil, a cujas exigências o apelante deveria observar, tendo em vista que aqui pretende a geração dos efeitos jurídicos daquele diploma. A validação que se poderia conferir ao referido diploma teria apenas efeito para se computar aquele ano de estudo no exterior aos anos de estudo que o apelante efetivamente cursou no Brasil, como bem consta da decisão do Conselho Estadual de Educação às fls. 27/28-TJ. Vê-se, pois, que o apelante teria ainda que cursar um ano e meio na escola brasileira, para que satisfizesse a exigência mínima de onze anos necessários à conclusão do ensino médio.

Somado a esse fato, não se pode alegar, *in casu*, violação do princípio da irretroatividade e do direito adquirido. Primeiramente, a resolução acima mencionada apenas dá efetividade à legislação brasileira, cuja vigência é muito anterior ao tempo em que o aluno se encontrava nos Estados Unidos da América. Segundo, não havia por parte do apelante

qualquer direito adquirido à validação do seu diploma para os fins pretendidos nos autos, mas apenas expectativa de direito e, mesmo assim se tivesse o apelante satisfeito as exigências do Direito Brasileiro, o que não se fez, como já bem analisado. Além disso, como se trata de validação, no Brasil, de diplomas obtidos no exterior, a observância do Direito Brasileiro e o poder de polícia administrativa do Estado Brasileiro são questões de ordem pública, e não conveniência da parte interessada.

Por fim, a decisão de fls. 27/28-TJ, bem como a sentença recorrida, estão devidamente fundamentadas, cujos motivos são facilmente observáveis por simples leitura daqueles atos. Por todas essas razões, não agiu ilegal ou abusivamente a Diretora da Diretoria de Normas Pedagógicas e Funcionamento Escolar.

Com essas considerações, pode-se concluir que não existe nos autos nem direito líquido e certo do apelante e nem prática de ato ilegal ou abusivo da autoridade que praticou o ato questionado nesta demanda. Portanto, inexistem os motivos fáticos e jurídicos para o deferimento do mandado de segurança, estando, pois, correto o entendimento jurídico adotado na sentença recorrida.

Diante de todo o exposto, com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (artigo 131 do Código de Processo Civil), no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento à apelação. As despesas recursais ficam a cargo do apelante.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SENTENÇA - CONDENAÇÃO DE QUEM NÃO É PARTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE EXAME E DECISÃO DE PEDIDO DO AUTOR - NULIDADE

- É nula a sentença que, em lugar de mencionar os nomes das partes, refere-se a terceiros não integrantes da lide e condena quem não é parte na relação processual.

- Nula é a sentença que deixa de examinar e decidir pedido do autor, como, *verbi gratia*, a arguição de inconstitucionalidade de lei, tornando incompleta a prestação jurisdicional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.946-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Sentença que condena quem não é parte - Nulidade - Art. 458 do CPC - Julgamento incompleto. - Tanto é nula a sentença que condena a quem não é parte na relação processual quanto aquela que deixa sem exame e decisão matéria relevante, como, *verbi gratia*, arguição de inconstitucionalidade de lei na qual se fundamenta o pedido do autor.

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 ACOLHER PRELIMINAR E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - Cláudio Costa - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cláudio Costa - Conheço da controvérsia, em reexame necessário, e, também, em razão do recurso voluntário, tempestivo e regularmente processado.

Em seu parecer - fls. 224/225 TJ -, a douta PGJ suscita preliminar de nulidade da sentença, em função de duas causas processuais: a primeira, por haver condenado o Estado de Minas Gerais, que não figura como parte na relação processual; a segunda, por haver incidido em julgamento *citra petita*, desde que deixou sem exame e decisão o pedido expresso de ilegalidade e inconstitucionalidade do desconto previdenciário.

Acolho a preliminar.

Conquanto se pudesse identificar, em tese, erro material na sentença, o dispositivo da decisão está assim expresso:

(...) para condenar o Estado de Minas Gerais a restituir (...).

E, em seguida:

(...) condeno o Estado, ainda, a pagar custas processuais e honorários advocatícios (...).

Ora,

(...) A menção de todos os nomes dos litigantes é, porém, obrigatória (RJTJESP, 64/159, 113/222), sob pena de nulidade (RT, 742/426, RJTJESP, 103/241) (Theotonio Negrão, 32ª ed., nota 8 ao art. 458 do CPC, p. 465) - destacamos.

Com maior soma de razão, portanto, se a menção é a terceiros que não foram parte no processo.

Ademais,

(...) Se houve erro na autuação do processo, acarretando a publicação de pauta de julgamento com menção inexistente das partes ou do seus advogados (STF, 2ª Turma, Ag. 108.893-7-PR, Questão de Ordem, Rel. Min. Francisco Rezek),

ocorrerá então a nulidade da decisão (THEOTONIO NEGRÃO, 32ª ed., nota 13 ao art. 463 do CPC).

Além disso,

Sentença que, em lugar de enunciar os nomes das partes, refere-se a terceiros, não integrantes da relação processual. Tal sentença é nula (autor citado, nota 9 ao art. 458 do CPC).

De outro lado, o pedido formulado pelas autoras abrange, em primeiro lugar, o de declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei Estadual nº 13.455/2000, por contrariar a EC nº 20/98, que veda incidência de descontos previdenciários sobre aposentadorias e pensões.

Esse pedido ficou sem exame e decisão, tornando incompleta, assim, a prestação jurisdicional.

Com esses fundamentos, acolho a preliminar arguida pela PGJ e decreto a nulidade da sentença.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR E ANULARAM A SENTENÇA.

CÂMARA MUNICIPAL - ELEIÇÃO DA MESA - DESCONFORMIDADE COM O REGIMENTO INTERNO - ILEGALIDADE - ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

- A CF/88 estabelece os limites da atividade administrativa e, em seu art. 37, *caput*, determina a submissão destes aos princípios ali expressos, dentre os quais o da legalidade, que, conforme ensina a doutrina, se identifica com a própria noção do Estado de Direito.

- As eleições para a mesa de câmara municipal devem-se fazer em consonância com o que determina o texto constitucional e o disposto no regimento interno da respectiva câmara; se não são observadas as regras legais, há ilegalidade passível de ser afastada por meio de mandado de segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 327.581-5/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Administrativo - Princípio da legalidade - Câmara municipal - Eleição da mesa - Desconformidade com o regimento - Ilegalidade. - É a Constituição da República Federativa do Brasil que traça os limites da atividade administrativa ao estabelecer, no *caput* do art. 37, a submissão destes aos princípios ali expressos dentre outros e entre os quais se encontra o princípio da legalidade, que, conforme ensina a doutrina, se identifica com a própria noção de Estado de Direito, apresentando-se como garantia de respeito aos direitos individuais. - As eleições para a mesa de câmara municipal devem-se fazer em consonância com o que determina o texto constitucional e o disposto no regimento interno da câmara; se não são observadas as regras legais, há ilegalidade passível de ser afastada através do mandado de segurança.

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 CONFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2003. -
Geraldo Augusto - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos do mandado de segurança impetrado por Sebastião Ferreira de Souza e outros contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Ipatinga, que, conforme alegou, determinou eleições e efetivamente elegeu nova Mesa Diretora da Câmara Municipal de Ipatinga, para o biênio 2003/2004, antes do período legal, contrariando o Regimento Interno.

A sentença concedeu a segurança, anulando a eleição da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Ipatinga realizada em 14.02.2002, por ferir direito líquido e certo dos impetrantes consistente em verem cumpridas as exigências do regimento interno na eleição para a composição da Mesa.

Houve a remessa oficial e recurso voluntário, segundo o qual o impetrado pretende a reforma da sentença ao argumento, em resumo, de que procedeu de acordo com o Regimento Interno, sendo certo que a posse não tem de se dar no momento da eleição da Mesa.

Aduz o impetrado que a iniciativa do ato anulado é da maioria absoluta dos membros do Poder Legislativo, que, em requerimento aprovado pelo Plenário, convocou a sessão de eleição, e ele, apelante, em obediência regimental, efetivou a convocação da edilidade e procedeu à sessão.

Acrescenta o impetrado/apelante que a maioria dos membros da Câmara podem alterar o regimento interno, daí se conclui que, se o plenário pode eleger sua Mesa Diretora, com a maioria simples, também o pode por sua maioria absoluta, e assim deve ser revista a sentença reconhecendo-se a validade do ato de eleição da Mesa Diretora para o biênio 2003/2004, restabelecendo-se o interesse público.

Examina-se o recurso necessário.

Conforme se sabe, 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 manifestamente 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.

Na espécie, tratando-se de possibilidade objetiva de lesão a direito líquido e certo dos impetrantes, cabível o *writ*, a fim de obstar a operância do referido ato lesivo.

De início, cumpre salientar que é a Constituição da República Federativa do Brasil, que traça os limites da atividade administrativa ao estabelecer, no *caput* do art. 37, a submissão destes aos princípios ali expressos dentre outros e entre os quais se encontra o princípio da legalidade, que, conforme ensina a doutrina, se identifica com a própria noção de Estado de Direito, apresentando-se como garantia de respeito aos direitos individuais.

EDIMUR FERREIRA DE FARIA, com muito acerto, anota:

A Administração, sujeita que está ao princípio da legalidade, não tem o poder ou a competência para praticar atos em desconformidade com a lei. Dessa forma, a sua vontade ou a de seu agente é a da lei. O administrador público, agindo nessa condição, não deve ter vontade própria, nem quando atual no exercício da faculdade discricionária. A manifestação da vontade do agente deve espelhar a vontade estatal (FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*, BH, Ed. Del Rey, 1997, p. 70).

Com efeito, a legalidade, como princípio de administração, importa em estrita obediência aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não havendo nem liberdade e tampouco vontade pessoal do administrador na concessão de direitos, imposição de obrigações ou vedações aos adminis-

trados, porque está o administrador vinculado ao mandamento da lei.

Na hipótese dos autos, a Constituição da República determina no § 4º do seu artigo 57 que o mandato da Mesa deve ser de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, em conformidade com o princípio da rotatividade.

Assim, as eleições para a Mesa devem-se fazer em consonância com o que determina o texto constitucional e o disposto no regimento interno da Câmara; se não são observadas as regras legais, há ilegalidade passível de ser afastada através do mandado de segurança.

Na hipótese, o Regimento Interno da Câmara Municipal de Ipatinga, em seu artigo 24, parágrafo único, assim estabelece:

Art. 24. A mesa diretora é eleita para um mandato de 02 anos, vedada a reeleição.

Parágrafo único. A eleição realizar-se-á no início da sessão legislativa.

E o artigo 25 complementa:

Art. 25. O mandato da Mesa dura até constituir-se a nova e cuja eleição preside, salvo o disposto no art. 5º.

Na hipótese dos autos, a eleição da nova Mesa Diretora para o biênio de 2003/2004 e ora impugnada realizou-se no dia 14.02.2002, com cerca de um ano de antecedência à sessão legislativa seguinte e do término do mandato da Mesa Diretora do período de 2001/2002, em desconformidade, pois, com as normas regimentais.

Não há que se falar em invasão de esfera de competência, posto que aqui não se está discutindo o mérito do ato, mas apenas a sua regularidade sob o aspecto da legalidade, e que, como se viu, à evidência, contém vício insanável que ofende o direito dos impetrantes.

Como visto, a questão formulada no *mandamus*, se afigura ilegal e arbitrária, evidenciando, pois, o alegado abuso no exercício do poder da autoridade apontada como coatora; daí por que necessária a concessão da segurança.

Por fim, cumpre salientar que a ilegalidade aqui reconhecida já assim o teria sido pela própria

Presidência da Câmara Municipal, desde que o documento constante de fls. 269, anexado aos autos após a sentença, comunica convocação da reunião extraordinária para a realização da eleição da Mesa Diretora para o biênio de 2003/2004 no dia 15 de janeiro de 2003, primeiro dia da sessão legislativa, tornando até mesmo inócua qualquer outra discussão ou consideração.

INVENTÁRIO - SOCIEDADE LIMITADA DA QUAL O DE CUJUS ERA SÓCIO - DÉBITO FISCAL - SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ QUITAÇÃO DO DÉBITO - IMPOSSIBILIDADE

- A simples informação, em processo de inventário, pela Fazenda Pública, de débito atribuído a sociedade de responsabilidade limitada da qual o *de cujus* era sócio não é hábil a sustentar o sobrestamento ou a extinção do processo, se não quitado o tributo reclamado, pois somente haveria responsabilidade por parte do espólio se a Fazenda Pública demonstrasse que o falecido, ao tempo em que era sócio, tivesse agido com excesso de poder ou infração de lei, conforme dispõe o art. 135, III, do CTN.

AGRAVO Nº 320.454-2/00 - Comarca de Medina - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Inventário - Débito fiscal atribuído a sociedade de responsabilidade limitada - Sobrestamento do feito até quitação do débito. - A simples informação, em processo de inventário, pela Fazenda Pública, de débito atribuído à sociedade de responsabilidade limitada da qual o *de cujus* era sócio não é hábil a sustentar o sobrestamento do feito até a quitação do tributo reclamado ou a extinção do processo, porque os bens particulares dos sócios, em sociedades de responsabilidade limitada, somente respondem pelas dívidas da sociedade se houver prática de ato com excesso de poder ou infração à lei.

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, 22 de maio de 2003. -
Lamberto Sant'Anna - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Trata-se de agravo de instrumento em que o espólio de Oscar Pires Alves, representado pela inventariante Elenizia Chaves Alves, insurge-se contra a decisão do Juízo monocrático da Vara Única da Comarca de Medina que indeferiu à agravante pedido de prosseguimento

Com tais razões, em 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 - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

do inventário, sem a quitação do débito de responsabilidade do *de cujus*, junto à Receita Federal. Alega o agravante que a decisão se mostra injusta, na medida em que não observou o ordenamento jurídico, em especial o disposto no artigo 1º da Lei 8.009/90, o artigo 1.026 do Código Civil e os artigos 2º e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ante a ausência de forças financeiras por parte do espólio para arcar com o pagamento do débito junto à Receita Federal (este decorrente de empresas em situação irregular junto ao Fisco, das quais o *de cujus* era sócio), bem assim tendo em conta que o monte-mor é representado por único imóvel (atualmente habitado pela viúva inventarian- te), sustenta o recorrente que é de direito o prosseguimento do feito, sem o pagamento do débito fiscal.

Pede a reforma da decisão para o fim de se ultimarem os procedimentos do inventário, ao largo do recolhimento da exação reclamada aos cofres públicos.

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 30/32).

Eis o relatório do caso.

Conheço do agravo, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Estou que a decisão atacada carece mesmo de reforma. Todavia, não pelos argumentos que

fundamentaram o agravo. *Jura novit curia*, ou seja, ao juiz basta sejam oferecidos os fatos; a ele cabe conhecer e aplicar o direito.

Compulsando os autos, verifiquei que o débito informado pela Receita Federal (fls. 15/17) é atribuído às empresas das quais o *de cujus* era sócio:

1. O espólio é sócio de duas empresas em situação irregular na Receita Federal, apresentando cada uma diversas pendências, conforme telas anexas.

Ora, se indubitavelmente os débitos reclamados pela Fazenda Pública são atribuídos às empresas "Irmãos Menezes Ltda." (fl. 16) e "Agniti Materiais de Construção Ltda." (fl. 17), por óbvio, ainda que o *de cujus* nelas tivesse participação societária, somente haveria responsabilidade tributária por parte do espólio se a Fazenda Pública demonstrasse que o falecido, ao tempo em que era sócio de aludidas empresas, tivesse agido com excesso de poder ou infração de lei, conforme dispõe o artigo 135, III, do CTN, o que, *in casu*, *data venia*, não se evidenciou.

Assim, a simples informação, em processo de inventário, pela Fazenda Pública, de débito atribuído

AÇÃO RESCISÓRIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DOS CÁLCULOS TRANSITADA EM JULGADO - FATOS EXISTENTES NO PROCESSO - INOBSERVÂNCIA PELO JULGADOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ERRO DE FATO - CARACTERIZAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- Cabe ação rescisória contra acórdão proferido em agravo de instrumento, desde que este tenha examinado o mérito de uma controvérsia a que pôs termo.

- O erro de fato suscetível de fundamentar a rescisória é o decorrente da inadvertência do julgador que, manuseando os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está; é o erro dos sentidos de percepção, eventualmente de reflexão, de raciocínio, mas jamais de interpretação ou valoração da prova. Assim, se os cálculos de liquidação homologados judicialmente, cuja decisão transitou livremente em julgado, inclusive no que pertine à verba honorária, não foram vislumbrados no aresto rescindendo, habilitam o processamento da rescisória e ensejam sua consequente procedência, para efeito da obtenção dos aludidos honorários advocatícios arbitrados.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 239.437-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação rescisória - Honorários advocatícios - Decisão homologatória dos cálculos transitada em julgado - Pretensão julgada procedente. - 1. O erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no juízo rescisório. - 2. O erro de fato deve ser

à sociedade de responsabilidade limitada da qual o *de cujus* era sócio, a meu juízo, não é hábil a sustentar o sobrestamento ou a extinção do feito, se não quitado o tributo reclamado.

A relação de direito tributário evidenciada na informação de fls. 15/17, carreada aos autos, não concerne a créditos tributários a cargo do *de cujus* ou de seu espólio, exigíveis no decurso do processo de inventário ou arrolamento. A Fazenda Pública dispõe de outros mecanismos para cobrar seus créditos.

À luz desses fundamentos, dou provimento ao agravo e, consequentemente, reformo a decisão de primeira instância, para o fim de determinar o prosseguimento do inventário, sem a demonstração, nos autos, da quitação, tão-somente do tributo reclamado às fls. 15/17.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

para efeito da obtenção dos aludidos honorários advocatícios arbitrados, evitando-se, destarte, a eternização do direito do advogado que logrou êxito em sede da ação principal.

Acórdão

Vistos etc., acorda o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2003. - Célio César Paduani - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de ação rescisória aforada por Cláudio Machado Caldeira em face do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 485, § 1º, IX, do Código de Processo Civil, proposta contra o Estado de Minas Gerais, com vistas a desconstituir o v. acórdão, pertinente aos embargos de declaração, que se viram rejeitados pela col. Turma Julgadora da 5ª Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça, apresentados diante do v. acórdão proferido nos autos do Agravo nº 204.113-5, da Comarca de Belo Horizonte, a que se negou provimento, sem divergência na votação.

Atribuindo-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$2.000,00, o pedido rescisório veio acompanhado de documentos (fls. 7/83-TJ).

Argumenta-se na exordial que o v. acórdão declaratório e ora rescindendo omitiu questões omitidas no processo, mantendo *in albis* a declaração contida no documento de fl. 69-TJ, qual seja, a certidão do trânsito em julgado das decisões que homologaram os cálculos de liquidação.

Acrescenta-se que, na condição de advogado constituído de Janice de Oliveira Abreu, propôs-se ação ordinária contra a extinta MinasCaixa, julgada improcedente no 1º grau de jurisdição, cuja sentença fora reformada pela colenda 5ª Câmara Cível deste Tribunal, nos autos da Apelação Cível nº 688.287, em que a então recorrida se viu condenada ao pagamento da importância postulada e em honorários de advogado, arbitrados em 10% a serem calculados sobre o valor apurado em liquidação. Os aludidos honorários estiveram embutidos na quantia equivalente a R\$16.278,05, depositada pela executada,

então recorrida, e transferida da Caixa Econômica Federal S.A. para o Banco do Brasil S.A.

Em face disso, o autor requereu ao Juízo da execução da sentença a expedição do competente alvará, com vistas ao levantamento da sobredita importância honorária, no importe de R\$1.627,50.

Indeferido o pleito, aviu-se o precitado agravado de instrumento, ao qual se negou provimento.

Ao sentir do requerente, o v. acórdão incidiu em erro de fato, haja vista que o mesmo não atentou para o fato de que a decisão homologatória do cálculo havia transitado em julgado, o mesmo erro persistindo quando do julgamento dos embargos de declaração.

Regularmente citado, o Estado de Minas Gerais não respondeu aos termos da ação (fl. 101).

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo prosseguimento e ulatimação (fls. 105/109).

Não houve produção de provas, conquanto fossem as partes instadas para tanto (fls. 111/112).

Em razões finais, o autor pede a procedência da ação (fls. 124/127), e o réu suscita, em preliminar, a carência de ação e, meritoriamente, é pela improcedência do pedido (fls. 146/147).

O d. *custos legis* manifesta-se no sentido da procedência do pleito rescisório (fls. 134/136).

Processamento regular.

Passo a decidir.

À fundamentação de meu voto.

Como já sinalizado, trata-se de ação rescisória com vistas a desconstituir o v. acórdão proferido em sede de embargos de declaração - e que se viram rejeitados - opostos ao v. aresto que negou provimento ao agravado de instrumento aviado em face da r. decisão de 1º grau, que inacolheu o pleito do autor, advogado de Janice de Oliveira Abreu, para efeito de levantamento da verba honorária, no importe de R\$1.627,50, eis que julgada procedente a ação ordinária, nesta instância superior, contra o Estado de Minas Gerais, ora réu.

Ab initio, ao exame da preliminar de carência de ação suscitada em razões finais.

Tenho que a mesma não merece prosperar, com a devida vênia.

Senão veja-se.

Conquanto o réu sustente o fenômeno da iliquidez do *quantum debeatur*, o certo é que, a meu sentir, os cálculos de liquidação constantes da sobre-dita ação ordinária foram objeto de decisões que os homologaram, na primeira instância, *ut certidão cartorária* de fl. 69, operando-se o trânsito em julgado das mesmas. Consigne-se que houve atualização dos referidos cálculos, daí a razão de ser das decisões homologatórias.

Deveras, o tema agitado em termos de preliminar adentra o aspecto meritório da demanda, porém aprecio-a para imprimir melhor clareza ao cenário confuso dos autos.

Sendo assim, não há que se falar em carência de ação, com a devida vênia.

Desacolho, pois, a preliminar.

Meritoriamente.

O Código de Processo Civil, em seu art. 485 estatui, *litteris*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Os honorários incidem em 10% sobre o valor a ser pago e se houve reforma dos cálculos, o que não se pode negar; lado outro, forçoso é reconhecer que há uma circunstância fática e jurídica que não se pode postergar: eles já se viram homologados judicialmente por decisões transitas em julgado.

E há mais.

Verdadeiro que não cabe ação rescisória quando não se trata de sentença de mérito.

Porém, na espécie sob estudo, cabe ação rescisória contra acórdão proferido em agravado de instrumento, desde que este tenha examinado o *mérito* de

uma *controvérsia* a que pôs *termo*, como bem enfatiza o nobre representante do Ministério Público de 2º grau.

Ora, ao se desacolher o pleito do autor, neste ponto, em sede de agravado de instrumento, nesta instância revisora, tenho que se operou uma decisão terminativa quanto à pretensão do autor, daí a razão que o conduziu a aforar a presente rescisória desconstitutiva.

O autor prosseguiu, é verdade, na execução pela verba honorária a que fazia jus, no seio da ação ordinária, na defesa dos interesses de sua constituinte, junto à MinasCaixa, já extinta, como cediço. Para tanto, requereu, mediante alvará, junto ao Juízo de execução, a liberação de seus honorários então arbitrados judicialmente.

A meu ver, a execução dos honorários em que tenha servido o advogado, apresenta-se em consonância com o princípio da instrumentalidade do processo, circunstância processual que atende aos princípios da economia e da presteza, que se impõe, na prestação jurisdicional.

O v. aresto atacado reconhece, na palavra do culto Relator:

... Indiscutível que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado (art. 23, Lei 8.906/94), que dispõe do direito autônomo de os executar.

Quanto à forma, fica a critério do advogado (art. 24, § 1º), podendo promover a execução nos próprios autos ou em procedimento apartado.

Assim, legitima-se o agravante para a execução dos honorários, e a forma eleita encontra apoio legal.

O que me impede de prover o recurso é a decisão anterior, fl. 32, que se refere à modificação dos cálculos.

Ora, se os honorários incidem em 10% sobre o valor a ser pago e se houve reforma dos cálculos, consequentemente a importância relativa à verba honorária também se modificará... (fl. 69).

Pois bem.

Procedeu-se à reforma dos cálculos - operou-se a atualização -, porém, certíssimo, a meu modesto entendimento, também veio a ocorrer a homologação dos mesmos, cuja decisão transitou em julgado, consoante se extrai da certidão acoplada aos autos (fl. 69).

Sendo assim, afigura-se-me que se deva acolher a pretensão deduzida na exordial para o fim específico de o autor poder sacar, mediante a expedição do competente alvará, os honorários advocatícios, com os acréscimos legais, a que faz jus.

Por tais fundamentações, hei por bem julgar procedente o pedido constante da exordial rescisória, nos exatos termos desta declaração de voto.

Condeno o vencido ao pagamento das custas e da verba honorária, que arbitro em R\$400,00 (quatrocentos reais).

É o voto, que ora declaro.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de ação rescisória ajuizada por Cláudio Machado Caldeira, via da qual pretende desconstituir acórdão proferido em Embargos Declaratórios nº 204.113-5/01, relatados pelo ilustre Des. José Francisco Bueno, que os rejeitou (fls. 76/77-TJ), mantendo, em consequência, o Acórdão nº 204.113-5 (fls. 67/69-TJ), por sua vez alusivo ao agravo de instrumento (fls. 07/11-TJ) por ele aviado contra a decisão que indeferiu seu pedido de levantamento de honorários na ação que Janice de Oliveira Abreu moveu contra a extinta MinasCaixa, daí figurar no pólo passivo da relação processual o Estado de Minas Gerais, na condição de seu sucessor, sob a alegação de ocorrência de erro de fato, tudo como posto na inicial de fls. 02/06-TJ.

Processo em ordem, contendo os autos arrazoados final dos porfiantes, inclusive manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do digno Procurador Dr. José Pontes Junior (fls. 134/136-TJ), no sentido da procedência do pleito vestibular.

Também, como o Relator, estou a rejeitar a prefacial de carência de ação agitada pelo réu, por entender que, na espécie dos autos, constitui a ação manejada o único meio adequado para sanar o engano que é atribuído ao acórdão rescindendo, apenas com a observação de que a desconstituição não diz respeito, por óbvio, aos declaratórios, que apenas integram ao aresto alusivo ao agravo de instrumento erro material que, contudo, não acarreta nenhuma eiva à vestibular de fls. 02/06-TJ.

Circa *meritum causae*, alega o autor, em apertada síntese, que requereu junto ao Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação ordinária que Janice de Oliveira Abreu moveu à extinta Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, cujo pedido

veio a ser julgado procedente, tendo sido ele, na condição de seu advogado, contemplado com a verba honorária de R\$1.672,00 (mil seiscentos e setenta e dois reais), importância que veio a ser incluída no cálculo de liquidação e suas posteriores atualizações, devidamente homologadas e transitadas em julgado.

Acrescenta que, tendo requerido o levantamento daquele *quantum* com seus devidos acréscimos, sua postulação foi indeferida, o que motivou o manejo do mencionado agravo de instrumento, que não foi provido, tendo nele ocorrido "erro de fato", fluente de ter entendido o voto condutor do acórdão que a reforma dos cálculos acarretou alteração em seu valor, com que não teria transitado em julgado sua correspondente homologação, a impedir o deferimento do levantamento da importância alusiva à verba honorária.

Efetivamente, a certidão de fl. 74-TJ, notícia que tanto a sentença homologatória da liquidação e bem sua posterior atualização se encontram transitadas em julgado, com o que o acórdão mencionado, realmente, incorreu em erro de fato, a afirmar, como inexistente, um fato que existiu, *id est*, a homologação das atualizações da liquidação.

Lado outro, já se decidiu que:

O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485, CPC, serve de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado à conclusão diversa, não fora ele (in RTJ, 136/55).

Ainda a propósito, anota NELSON NERY JÚNIOR:

Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade (Sydney Sanches, RT, 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo (in Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 2ª ed., 1996, p. 865).

Daí se conclui que erro de fato é o dos sentidos, quando o juiz considera existente um fato que, em realidade, não existia.

Aliás, o sempre lembrado DE PLÁCIDO E SILVA, o conceitua como:

Consiste o erro de fato em se ter uma falsa idéia sobre o exato sentido das coisas, crendo-se numa realidade que não é verdadeira. É, assim, o engano a respeito de uma condição ou circunstância material (in Vocabulário Jurídico, 5ª ed., p. 313).

Destarte, o erro de fato a que alude o texto brasileiro resulta de inadvertência do julgador, que, manuseando os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está. Erro dos sentidos de percepção, eventualmente da reflexão, de raciocínio, mas jamais de interpretação ou valoração da prova. Em razão dele, o juiz considera existente um fato inexistente ou inexistente um fato existente, situações inocorrentes na espécie.

ISSQN - SOCIEDADE PROFISSIONAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUDITORIA, CONSULTORIA, ASSESSORIA E PERÍCIA - FORMA DE TRIBUTAÇÃO

- Uma entidade de prestação de serviços de auditoria, consultoria, assessoria e perícia está, por via de regra, entre as sociedades prestadoras de serviços profissionais elencados pelo Decreto-lei nº 406/68 e, portanto, é tributável, pelo regime fixo anual por profissional habilitado que nela atue. A legislação aplicável (Decretos-leis nº 406/68 e nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 150, § 6º, ademais, não implicou derrogação específica do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 272.115-7/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ALUIZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Tributário - ISSQN - Sociedade profissional - Forma de tributação. - Uma entidade de prestação de serviços de auditoria, consultoria, assessoria e perícia está, via de regra, entre as sociedades prestadoras de serviços profissionais elencados pelo Decreto-lei nº 406/68 e, portanto, é tributável, pelo regime fixo anual por profissional habilitado que nela atue. - A legislação aplicável (Decretos-leis nº 406/68, nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 150, § 6º, ademais, não implicou derrogação específica do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68.

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 CONFIR-

Ora, não se pode negar que o acórdão rescindendo incidu em erro de fato, à consideração de que, consoante demonstrado, as atualizações do cálculo restarem devidamente homologadas, transitando em julgado suas correspondentes sentenças.

Com tais considerações, também julgo procedente o pedido constante da vestibular desta rescisória para os fins nela colimados, nos precisos termos do voto que acaba de proferir o digno Des. Relator.

Os Srs. Desembargadores Jarbas Ladeira, José Domingues Ferreira Esteves, Maria Elza, Emame Fidélis, Nepomuceno Silva, Aluizio Quintão e José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO.

MAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - Aluizio Quintão - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Aluizio Quintão - Trata-se de sentença sujeita ao reexame necessário e à regular apelação do Prefeito Municipal de Uberlândia, por ter concedido mandado de segurança impetrado por Mota Rezende & Consultores Associados S.A. contra a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) na forma preconizada pelo art. 169, § 1º e § 4º, da Lei Municipal nº 1.448/66, com as alterações da Lei nº 7.057/97, ou seja, pelo faturamento bruto da entidade, em vez de tratamento tributário especial do regime fixo anual por profissional habilitado, nos termos do Código Tributário Nacional.

Para o apelante, cabe a reforma da sentença, em razão de não estar em vigor o Decreto-lei nº 406/68, além de a apelada não preencher os requisitos legais necessários para o tratamento tributário especial e ter faltado prova adequada para seu enquadramento como sociedade de profissionais liberais.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 225/229-TJ).

A Promotoria de Justiça (fls. 230/233-TJ) e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pela confirmação da sentença (fls. 245/249-TJ).

Conheço da espécie, por ambos os motivos da subida dos autos.

Vejo, no entanto, que ficou bem posta a solução judicial.

A matéria meritória tem merecido inúmeros pronunciamentos nesta Quinta Câmara Cível, dando prevalência à norma federal tida como não revogada.

A argumentação do Município ateu-se, em princípio, à negativa da adoção do regime tributário especial, a pretexto de que teria havido derrogação do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 pelo art. 150, § 6º, da Constituição Federal, em sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93.

É o seguinte o dispositivo constitucional invocado:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

Outro destaque normativo maior foi sobre a competência tributária:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

3º - Em relação ao imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas;

II - excluir de sua incidência exportação de serviços para o exterior.

Ora, mesmo com as alterações destacadas, a competência municipal para a imposição do ISSQN continua vinculada aos limites estabelecidos em lei, que, logicamente, é o Código Tributário Nacional, com suas atualizações, como prevê, aliás, a regra geral do art. 146 da Constituição Federal.

Especificamente, cabe ao legislador municipal "escolher como elemento material a prestação de serviço constante da lista de serviços aprovada por lei complementar" (cf. *Curso de Direito Tributário*, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, v. III, p. 292, 4ª ed., Cejup).

E a legislação complementar referida está representada pelo Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, que alterou o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66), e por suas adaptações subsequentes (Decreto-lei nº 834, de 8.9.69, e Lei Complementar nº 56, de 15.12.87), o qual, ademais, foi recepcionado pela Constituição Federal, nos termos claros do art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias:

Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.

Ditos parágrafos dizem respeito às novas leis que seriam editadas, após o início da vigência da Constituição, isto é, seria o mesmo que dizer, com IVES GANDRA SILVA MARTINS:

Fica, pois, o ISS regido pelos atuais Dec-leis nº 406/68 e nº 834/69, até nova lei complementar, à falta de conflito com o direito pretérito e por força do princípio da recepção (cf. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 267).

E a superveniência da Emenda Constitucional nº 03/93, dando nova redação ao art. 150, § 6º, da Constituição não implicou, absolutamente, derrogação do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, de modo que o Município não ficou liberado para fazer, como não fez, alterações na forma de cálculo do imposto sobre serviços profissionais.

Assim, no caso dos autos, a regra complementar introduzida pelas leis municipais é, com efeito, constitucional, por se compatibilizar com a norma hierarquicamente superior, especialmente o Decreto-lei 406/68.

Colhe-se, a propósito, na jurisprudência:

ISS. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Tributação pelo regime fixo anual, por profissional. Dec-lei nº 406/68 - §§ 1º e 3º. Sua recepção pela Constituição Federal de 1988. - O Dec-lei 406/68, art. 9º, § 3º, ao prever a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo anual por profissional habilitado, não contrariou a igualdade jurídica dos contribuintes. Este tratamento é compatível com a isonomia que deve imperar entre contribuintes, atribuindo-lhes tratamentos diferenciados em razão das dessemelhanças (RT, 693/216).

Correta também foi a conclusão judicial, quanto à aplicação da tributação especial do ISS à sociedade apelada, pois, ao contrário do que alega o impetrado e conforme parecer ministerial:

É a impetrante uma sociedade civil, voltada para a prestação de serviços de auditoria, consultoria, assessoria e perícias na área de contabilidade, sendo composta por três sócios, tecnicamente habilitados ao desempenho daquilo que se propõem, executando os mesmos todo o serviço de forma pessoal e sob sua direta responsabilidade, não possuindo outro estabelecimento dependente, bem como terceiros contratados (fls. 14/30) (fls. 247-TJ).

Neste Tribunal de Justiça, há, entre outros precedentes:

Para fazer jus ao regime fiscal mais benéfico de cobrança do ISS, deve o postulante demonstrar sua natureza de sociedade civil, organizada para a prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal, conforme o artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68 (Apelação Cível nº 241.876-2, Rel. Des. Carreira Machado).

Tributário. ISS. Sociedade de profissionais liberais. Base de cálculo. Obediência a pressupostos de fato. - A incidência do imposto sobre o número de profissionais beneficia tão-somente sociedades compostas unicamente por sócios habilitados para desempenho das atividades relacionadas ao objeto, havendo ainda a necessidade de que as promovam pessoalmente (Apelação Cível nº 210.823-1, Rel. Des. Pinheiro Lago).

Em reexame necessário, confirmo, portanto, a bem-lançada sentença, prejudicada a apelação.

Custas, *ex vi legis*.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Ab initio, saliento que, de rigor, era de se conhecer apenas da remessa necessária, e não do recurso voluntário, isto porque sua súplica é manejada pelo representante legal, e não pela pessoa jurídica a que está vinculado.

Conforme ensina o saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES, as informações em mandado de segurança devem ser prestadas pela própria autoridade dita coatora, na medida em que a responsabilidade administrativa é pessoal e intransferível perante a Justiça; a partir desse momento, o processo deve ser acompanhado por procurador legalmente habilitado nos autos, *in verbis*:

A Administração só se faz presente em mandado de segurança até a prestação das informações, pela autoridade contra quem é impetrada a ordem. Daí por diante o processo pode - e deve - ser acompanhado por procurador habilitado nos autos, mas as ordens de execução da segurança serão sempre dirigidas à própria autoridade coatora e por ela cumpridas direta e imediatamente, sob pena de incidir no crime de desobediência (CP, art. 330) (in *Mandado de Segurança*, Malheiros Editores, 20ª ed., 1998, p. 86).

Assim, não é o Prefeito Municipal de Uberlândia, como pessoa física, parte legítima para interpor recurso da decisão monocrática proferida, mas sim a pessoa jurídica a que está vinculado, pois é ela quem suportará os efeitos patrimoniais da decisão final, nos termos dos posicionamentos jurisprudenciais que se seguem oriundos do colendo STJ:

Processo Civil - Mandado de segurança liminar - Ataque via agravo de instrumento - Legitimidade para recorrer.

- 1. Superada a posição jurisprudencial que, ortodoxamente, rejeita recurso contra decisão concessiva, só atacável via suspensão de segurança.

- 2. A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento.

- 3. Tem legitimidade para recorrer, no mandado de segurança, em princípio, o órgão público, e não o impetrado, que age como substituto processual da pessoa jurídica.

- 4. Hipótese em que, na impetração, criou a impetrante litisconsórcio passivo, legitimando os impetrados a recorrerem.

- 5. Recurso especial improvido (2ª T., REsp nº 264.555-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 19.10.00, DJ de 19.2.01, p. 159).

Processo Civil - Recurso especial - Embargos declaratórios em mandado de segurança - Legitimidade recursal da autoridade coatora - Art. 56 da Lei nº 5.010/66 - Não-apreciação pela Corte de origem - Súmula 211/STJ - Impossibilidade de conhecimento - Dissídio pretoriano comprovado, porém inexistente.

(...)

- 4 - A autoridade coatora, apesar de ser parte no mandado de segurança, figurando no pólo passivo da relação processual, não possui legitimidade para recorrer, devendo, somente, prestar informações no prazo de 10 (dez) dias e cumprir o que for determinado na liminar ou sentença. A legitimidade recursal é da pessoa jurídica de direito público interessada, pois é ela quem suportará os efeitos patrimoniais da decisão final.

- 5 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal nos RRE nº 97.282-PA e 105.731-RO e deste Superior Tribunal de Justiça nos REsp nº 133.083-CE e nº 86.030-AM e na Pet. nº 321-BA.

- 6 - Recurso conhecido, apenas pela divergência e, neste aspecto, desprovido (5ª T., REsp nº 171.514-MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 13.6.00, DJ de 28.8.00, p. 98).

Assevero, ademais, que, ainda que fosse o Prefeito Municipal de Uberlândia pessoa física parte legítima para interpor recurso de apelação, em sede de mandado de segurança, seria também o caso de seu não-conhecimento, haja vista sua manifesta deserção, pela ausência de recolhimento das custas devidas, frisando-se que estão dispensadas do correspondente preparo as pessoas jurídicas de direito público, e não as pessoas físicas a ela ligadas, nesta qualidade.

Todavia, como não tem sido esta a posição adotada pela Câmara, em Turma, mas em obediência ao princípio da colegialidade, estou a conhecer tanto da remessa necessária como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

As sociedades profissionais possuem tratamento apartado, devendo cada profissional recolher o ISS em nome próprio, não se levando em conta a remuneração do próprio trabalho, em função da "Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica", conforme determina o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 9. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da

sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Em verificação do contrato social da apelada, conclui-se que os seus sócios prestam serviços de auditoria, consultoria, assessoria e perícia sob a forma de trabalho pessoal, e não empresarial, possuindo, por tal motivo, direito ao recolhimento do ISS sob a forma especial acima mencionada.

Ressalte-se, por oportuno, que já manifestei meu entendimento sobre a matéria ora tratada, notadamente quando do julgamento da Apelação Cível nº 257.420-0, oriunda desta mesma Comarca da Capital, ocorrido em 13.5.02, da relatoria do insigne Des. Célio César Paduani, na qual funcionei como Revisor, quando ainda ocupava assento na 6ª Câmara Cível deste Sodalício, e que resultou na lavratura da ementa adiante transcrita:

Direito Tributário. Mandado de segurança. Matéria de prova. ISSQN. Sociedade de profissionais liberais. Base de cálculo. Art. 146, III, a, CF. Art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68. Lei Municipal nº 6.810/94 de Belo Horizonte. - A via estreita do *mandamus* admite a apreciação de matéria de prova, desde que demonstrada de plano, porque inexistente a dilação probatória. O ISSQN das sociedades de profissionais liberais, cuja prestação dos serviços especializados é exercida pelos próprios sócios, sob responsabilidade pessoal, e sem caráter empresarial, é devido na forma prevista pelo § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68, preceito recepcionado pela Constituição Federal. Cabe à lei complementar dispor sobre a base de cálculo dos impostos previstos na Constituição Federal, nos termos do art. 146, III, a, da mesma Carta, pelo que se configura inconstitucional a Lei Municipal nº 6.810/94, de Belo Horizonte. Em reexame necessário, rejeitar a preliminar de carência de ação, e, no mérito, confirmar a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário, prestando minha adesão ao voto que acaba de ser proferido pelo ilustre Des. Relator.

Custas recursais, *ex lege*.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

PRESTAÇÃO DE CONTAS - INVENTARIANTE - CITAÇÃO - ATENDIMENTO - EXIBIÇÃO DAS CONTAS - PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 915, § 1º, DO CPC

- A ação de prestação de contas é bifásica. Na primeira fase, analisa-se apenas o dever ou não de prestar as contas requeridas; na segunda, apura-se o *quantum* do débito ou crédito. Se o réu atende à citação mediante exibição das contas reclamadas pelo autor, opera-se o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento do litígio referente à primeira fase do procedimento. Findando-se esta etapa processual, não pode o magistrado julgar antecipadamente a lide, devendo passar, sem sentença, aos atos inerentes à segunda fase procedimental, que são o exame das contas apresentadas e a determinação do saldo em favor dos litigantes (art. 915, § 2º, do CPC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.357-6/00 - Comarca de Lavras - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Prestação de contas contra inventariante - Contestação - Exibição de contas - Julgamento antecipado da lide - Não-cabimento - Inteligência do artigo 915, § 1º, do CPC. - A ação de prestação de contas é bifásica, ou seja, na primeira fase, analisa-se apenas o dever ou não de prestar contas requeridas para, na seguinte fase, apurar-se o *quantum* do débito ou crédito. E, uma vez contestada a ação de prestação de contas, mediante a exibição das contas reclamadas, não poderá o magistrado julgar antecipadamente a lide, pois se findou uma etapa processual, devendo o juiz passar, sem sentença, à segunda fase, para examinar as contas e determinar os débitos.

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, 31 de março de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Pedro Henriques* - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de recurso de apelação (fls. 272/275-TJ), em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Lavras (fls. 252/255-TJ) que julgou procedente a ação de prestação de contas intentada por Chicre Miguel e outros.

Adotando o relatório da decisão objurgada, acresce-se que o d. Magistrado *a quo*, naquela oportunidade (fls. 252/255-TJ), assevera que o réu tem o dever de prestar contas aos demais herdeiros e/ou condôminos, na administração e posse dos bens

formalmente partilhados em processo de inventário, pelo menos até o dia em que cessou tal obrigação, daí que julga procedente referida ação

para condenar o réu a prestar as contas requeridas na inicial, na forma prevista no artigo 917 do Código de Processo Civil, no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que os autores apresentarem.

Inconformado, o apelante recorre (fls. 272/275-TJ), arguindo que não há que se impor nova prestação de contas, porquanto as contas teriam sido claras e bem apresentadas, motivo pelo qual roga pela reforma do v. *decisum*, com a inversão do ônus da sucumbência.

Em contra-razões (fls. 277-A/280-TJ), os apelados rechaçam as alegações do apelante, afirmando que as contas não foram apresentadas nem por esse nem pelo perito, pugnando assim pela manutenção da r. sentença guerreada.

Autos distribuídos no eg. Tribunal de Alçada (fl. 294-TJ) foram à conclusão do Relator (fl. 294-v.-TJ), que juntou relatório (fls. 285/286-TJ).

Segue-se a juntada de acórdão (fls. 289/293-TJ), em que a Primeira Câmara Cível do eg. Tribunal de Alçada declina, de ofício, da competência para o eg. Tribunal de Justiça.

Distribuição dos autos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 296/297-TJ), vieram conclusos ao Relator (fl. 298-TJ).

Primeiramente, deve-se afirmar que a ação de prestação de contas é o mecanismo processual regulado nos arts. 914 e seguintes do CPC, colocando à disposição das partes, com o fim de compor litígios em que a pretensão, no fundo se volte para o esclarecimento de certas situações resultantes, no geral, da administração de bens alheios.

Todavia, é importante frisar que a ação de prestação de contas é bifásica, ou seja, na primeira

fase, analisa-se apenas o dever ou não de prestar contas requeridas, para, na seguinte fase, apurar-se o quantum do débito ou crédito.

No caso dos autos, embora o apelante tenha contestado o pedido, prestou as contas reclamadas a tempo e modo, em forma mercantil, como se vê dos documentos de fls. 138/198.

Assim, tendo o apelante atendido à citação mediante a exibição de suas contas, operou-se, inegavelmente, o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento da lide quanto à questão que deveria ser a solução na primeira fase do procedimento. Assim, deveria o ilustre Sentenciante ter passado, sem sentença, aos atos inerentes da segunda fase procedimental, quais sejam, os relativos ao exame das contas apresentadas pelo apelante e determinação do saldo em favor dos litigantes, o que lamentavelmente não ocorreu.

Sobre o tema, preleciona com maestria, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Se o réu atende a citação mediante exibição das contas reclamadas pelo autor, opera-se o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento da lide quando à questão que deveria ser solucionada na primeira fase do procedimento. Queima-se uma etapa procedimental, passando-se, sem sentença, aos atos próprios da segunda fase, ou seja, aos pertinentes ao exame das contas e determinação do saldo (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 10ª ed., v. III, 1995).

Dessa forma, também observa THEOTONIO NEGRÃO:

Se o réu, embora contestado a obrigação de prestar contas, desde logo as apresentava contestação, segue-se o procedimento do § 1º, e não dos §§ 2º e 3º (*RJTJ*, 84/156, 84/157), devendo o juiz proferir sentença que aprecie ambas as alegações (*JTAERGS*, 81/234) e sendo nula a sentença que condene o réu a prestar contas (*RJTJESP*, 84/156) (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 28ª ed., Saraiva, 1998, p. 612).

Outro não é o entendimento de ALEXANDRE DE PAULA:

Se o réu oferece contestação à ação de prestação de contas, deduzindo na resposta objeção ao mérito, e sendo necessária a produção de provas, não tem lugar o julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do CPC, posto que o parágrafo 2º do artigo 915 do mesmo Código manda que se profira tal julgamento quando o requerido não contesta a

ação ou não nega a obrigação de prestar contas e o § 2º do artigo 916 impõem a designação de audiência de instrução e julgamento (ac. unânime da 2ª Turma do TJMS de 11.11.87, na *Apel. 856/87*, Rel. Rômulo Letterelli; *RF*, 302/101.) (*Código de Processo Civil Anotado*, Revista dos Tribunais, 6ª ed., v. IV, 1994.)

E, neste sentido, posicionam-se nossos tribunais:

Ação de prestação de contas - Contas prestadas a tempo e modo - Reconhecimento do pedido - Segunda fase procedimental - Artigo 915, § 1º, do CPC. - Na ação de prestação de contas, se o réu, espontaneamente, exhibe as contas reclamadas a tempo e modo, opera-se o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento da lide quanto à questão que deveria ser a solução na primeira fase do procedimento, devendo o juiz passar, sem sentença, aos atos inerentes da segunda fase procedimental, quais sejam, os relativos ao exame das contas apresentadas pela apelante e determinação do saldo em favor de um dos litigantes (artigo 915, § 1º, do CPC). Apelação provida e sentença cassada (TJMG - Apelação Civil nº 295.069/9 - Rel. Des. Eduardo Andrade - Publicado em 04.10.2002).

Prestação de contas. Mandato judicial. Advogado que não teria prestado contas de levantamento de dinheiro. Ação contestada e reconvida. Sentença que, na primeira fase da ação, em julgamento antecipado da lide, fixa os valores para liquidação por cálculo. Nulidade da sentença. - A ação proposta para pedir contas tem duas fases. Na primeira, examina-se a obrigação de prestar as contas; na segunda, são apreciadas as contas propriamente ditas, isto é, na primeira fase discute-se a existência da relação de direito material - há ou não o dever de prestá-las; e, na segunda, terá o réu de prestá-las, em forma mercantil, ou aceitar as que o autor apresentar. Essa segunda etapa, entretanto, só poderá iniciar-se depois de encerrada a primeira. Art. 915, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Se o réu, ao contestar a ação na primeira fase, apresentar reconvenção e ao mesmo tempo, não negando parte do pedido, pretende demonstrar saldo credor em processo de inventário, nula é a sentença que julga antecipadamente a lide, sem uma instrução devida, e que culmina em fixar, desde já, o quantum devido para liquidação por cálculo. Apelo provido (TJPR - Apelação Civil nº 5.087 - Rel. Des. Negi Calixto - Publicado em 22.10.1987).

Destarte, uma vez contestada a ação de prestação de contas, não poderá o magistrado julgar antecipadamente a lide, pois se findou uma etapa processual, devendo o juiz passar, sem sentença, à segunda fase, para examinar as contas e determinar os débitos.

Com essas considerações, dá-se provimento ao recurso, para cassar a sentença recorrida, determinando o prosseguimento do feito na forma do parágrafo 1º do artigo 915 do CPC.

Custas, pelos apelados.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

FALÊNCIA - PRISÃO CIVIL DO FALIDO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 35 DA LEI DE FALÊNCIAS - DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - MASSA FALIDA - REPRESENTAÇÃO - SINDICO - INTELIGÊNCIA DO ART. 63, XVI, DO DEC.-LEI Nº 7.661/45

- A representação judicial da massa falida somente é feita por seu síndico, a teor do art. 63, XVI, do Decreto-lei nº 7.661/45, pois, com a decretação da quebra da empresa, dissociam-se os interesses da empresa, abarcados pela massa falida, e os do seu sócio, impedindo a este pugnar por aquela em juízo.

- As disposições do art. 35 da Lei de Falências - Decreto-lei nº 7.661/45 - não foram recepcionadas pela CF/88, dada a sua colisão com os termos do inciso LVII do art. 5º, que admite a prisão civil em apenas duas situações: pelo não-pagamento de alimentos e a do depositário infiel, sendo esta enumeração de natureza taxativa, o que afasta a possibilidade da prisão do falido na hipótese do referido art. 35 da Lei de Quebras.

AGRAVO Nº 293.393-5/00 - Comarca de Belo Vale - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Falência - Massa falida - Representação - Irregularidade reconhecida - Art. 35, DL 7.661/45 - Constituição da República - Não-recepção - Prisão revogada. - A representação judicial da massa falida é feita por seu síndico, a teor do art. 63, XVI, do Dec.-lei nº 7.661/45, pois, com a quebra da empresa, dissociam-se os seus interesses, abarcados pela massa falida, e os do seu sócio, o que demonstra ser irregular este representar aquela em juízo. As disposições do art. 35 da Lei de Falências não foram recepcionadas pela CR em vigor, dada a sua colisão com os termos do seu art. 5º, LXVII, o que demonstra a ilegalidade do decreto da prisão do falido. Agravo provido.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO COM RELAÇÃO À MASSA FALIDA DE FERRO E AÇO TÚNEL LTDA. E DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE FRANCISCO DE PAULA PEREIRA.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2003. - Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de agravo de instrumento oposto por massa falida de Ferro e Aço Túnel Ltda. e Francisco de Paula Pereira contra decisão que decretou a prisão civil deste último, com lastro no art. 35 do Dec.-lei nº 7.661/45, a qual foi exarada na ação de falência, promovida pela Cia. Siderúrgica Belgo Mineira Ltda.

As razões recursais das partes, a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça e as principais ocorrências havidas na formação do instrumento foram objeto de sucinta dissertação no relatório de fls.

Com cunho de preliminar, o preclaro Procurador de Justiça, Dr. Vitor Henriques, apontou a irregularidade de representação da massa falida de Ferro e Aço Túnel Ltda. para manejar o agravo em tela, sendo a procuração de fl. 19-TJ inválida a tal finalidade, pois a aludida massa falida somente poderá estar em juízo por meio do seu síndico, o que não se dá neste instrumento, circunstância esta que determina o não-conhecimento do agravo com relação à mesma.

À minha ótica, revela-se correta esta arguição do insigne Procurador de Justiça, uma vez que a representação judicial da massa falida somente é feita por seu síndico, a teor do art. 63, XVI, do Dec.-lei nº 7.661/45, o que não ocorre na espécie vertente. Assim,

com a decretação da quebra da empresa, dissociam-se os interesses da mesma, abarcados pela massa falida, e os do seu sócio, impedindo a este pugnar por aquela em juízo, o que derri a validade do mandato de fl. 19-TJ e determina o acolhimento da preliminar em epígrafe.

Destarte, não se conhece do recurso com relação à massa falida de Ferro e Aço Túnel Ltda.

Passa-se à apreciação dos argumentos esgrimidos pelo agravante Francisco de Paula Pereira.

O agravante aduz que apresentou a documentação exigida pelo art. 34 da Lei de Falências, quando solicitado, por isso tem por indevido o decreto de sua prisão. Ademais, considera que o mencionado art. 35 da Lei de Falências não foi recepcionado pela Constituição da República, pois o seu art. 5º, LXI e LXVII, não admite mais a prisão de natureza civil, ressaltadas aquelas por dívida alimentar ou depositário infiel, segundo o entendimento esposado pelos tribunais pátrios. Neste sentido, afirma que o sócio da falida se encontra doente e bastante combatido e não irá embarçar o trâmite da falência, bem como possui residência fixa, circunstâncias estas demonstrativas de ser desnecessário o decreto de sua prisão, a exigir a revogação do decisório correspondente.

Nessa seara, tenho por acolhível essa proposição defendida pelo agravante, porquanto, realmente, as disposições do art. 35 da Lei de Falências não foram recepcionadas pela Constituição da República

EXECUÇÃO FISCAL - DEVEDOR - CITAÇÃO PESSOAL - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO COMO CURADOR ESPECIAL - REPRESENTAÇÃO DO EXECUTADO - ATUAÇÃO NO PROCESSO - ILEGITIMIDADE - DIREITO PATRIMONIAL - PRESCRIÇÃO - ARGÜIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE

- A nomeação de defensor público como curador especial só é admissível no caso de réu revel, citado por edital, nos termos do art. 9º, II, do CPC. Tratando-se de execução fiscal, sendo o devedor citado pessoalmente, falta ao defensor público nomeado legitimidade para representar o executado e atuar no processo, sendo nula a sentença que reconheceu a prescrição por ele argüida, a qual também não pode ser decretada de ofício pelo juiz, por versar a causa sobre direito patrimonial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 306.681-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Execução fiscal - Citação pessoal do executado - Prescrição - Argüição por defensor nomeado - Impossibilidade - Direito patrimonial - Argüição de ofício pelo juiz - Inadmissibilidade. - Falta ao defensor nomeado legitimidade para representar o devedor, citado pessoalmente, sendo nula a sentença que reconhece a prescrição, que também

em vigor, dada a sua colisão com os termos do inciso LXVII do art. 5º. O retromencionado texto constitucional define, de forma cristalina, que se admitirá a prisão civil em apenas duas situações: pelo não-pagamento de alimentos e a do depositário infiel, sendo esta enumeração de natureza taxativa, o que afasta, peremptoriamente, a possibilidade de realizar-se a prisão do falido na hipótese do art. 35 da Lei de Quebras.

Por conseguinte, verificando-se que a prisão de caráter administrativo delineada no referenciado art. 35 do Dec.-lei nº 7.661/45 perdeu o seu conteúdo legal, por não ter sido recepcionada pela Carta Magna; resulta que o decreto de prisão do agravante é ilegal e não pode subsistir.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para cassar a decisão determinativa da prisão de Francisco de Paula Pereira.

Custas, pela agravada.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO COM RELAÇÃO À MASSA FALIDA DE FERRO E AÇO TÚNEL LTDA. E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE FRANCISCO DE PAULA PEREIRA.

não pode ser declarada de ofício pelo juiz por versar a ação sobre direito patrimonial.

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, 10 de março de 2003. -
Fernando Bráulio - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado, sem o preparo das custas recursais por delas se achar isenta a Fazenda-recorrente.

Trata-se de prescrição intercorrente, não argüida por devedor citado pessoalmente, e sim por defensor nomeado pelo juiz.

Verifico que houve a citação da executada (fl. 6-v.) e que não foram encontrados bens para que se procedesse à penhora (fls. 12/12-v.).

A requerimento da exequente (fl. 15), houve suspensão do processo com arquivamento provisório do mesmo em novembro/92 (fl. 16).

Tendo havido a citação pessoal da devedora, na pessoa de sua representante legal (fl. 6-v.), caso não era de nomeação de defensor, somente admissível no caso de réu revel, citado por edital, funcionando o defensor como curador especial (art. 9º, II, do CPC).

Válida, pois, não é a argüição de prescrição feita por aquele a quem falta legitimidade para o processo; nem pode ser decretada de ofício pelo juiz por versar a causa sobre direito patrimonial.

Isso posto, dou provimento ao recurso para cassar a r. sentença recorrida, ordenando o prosseguimento da execução.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A apelante questiona, em preliminar, a nomeação de defensor público pelo i. Magistrado de primeiro grau, da mesma forma que a atuação daquele como curador especial, e legitimidade para argüir a prescrição na execução.

Data venia de possível entendimento divergente, quanto à intervenção da Defensoria Pública, tenho por inoportuna e ilegítima em razão das peculiaridades que o caso apresenta, senão vejamos.

Reza o artigo 9º do Código de Processo Civil:

O juiz dará *curador especial*: I - (...); II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. (...) (grifos nossos).

Da mesma forma, a Súmula nº 196 do col. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos (grifos nossos).

Assim, o diploma processual civil brasileiro determina a nomeação de curador especial ao réu citado por edital, por presumir não ter alcançado o instrumento editalício o seu destinatário.

No caso em tela, observa-se ter havido citação pessoal da Empreiteira ora apelada (fl. 06-TJ), cuja certidão comprovando sua efetividade consta da fl. 06-v.-TJ dos presentes autos.

Dai que, estando ciente acerca da execução ajuizada contra si, a conclusão a que se chega é a de que a inércia da executada se deu voluntariamente.

Portanto, mais que despidiendi, afigura-se ilegítima a atuação do Defensor Público nestes autos.

Pelo exposto, nos termos do presente voto, acolho a preliminar suscitada pela apelante e cassa a r. decisão de primeiro grau, prejudicadas as demais questões.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Silas Vieira - Muito embora tenha admitido a intervenção do Defensor Público naqueles feitos executivos paralisados/arquivados por longos anos, onde não fora citado pessoalmente o executado, na espécie, hei por bem acompanhar os eminentes Pares, tendo em vista as peculiaridades que a hipótese apresenta, quais sejam: a empresa-executada foi citada pessoalmente, na pessoa de sua preposta, através do oficial de justiça.

Sendo assim, também acolho a preliminar levantada pelo Fisco-exequente, para cassar a sentença objurgada.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

ICMS - LIVROS FISCAIS - GUARDA E MANUTENÇÃO COM O CONTABILISTA - AUTORIZAÇÃO CASSADA - LEGALIDADE (ART. 171, § 2º, DO DECRETO Nº 38.104/96 - RICMS) - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - TRANSGRESSÃO À PROFISSÃO DE CONTABILISTA - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DENEGADA

- Estabelece o art. 171 do Decreto nº 38.104/96 - RICMS - que os livros contábeis poderão, a cargo da Administração Fazendária, ser guardados e mantidos com o contabilista, ficando este, com isso, responsável solidariamente pelas informações prestadas, e o § 2º do dispositivo citado preceitua que tal permissão poderá ser cassada, a qualquer tempo, nas hipóteses que menciona, dentre as quais uma de relevante importância para o Fisco, que é a de o contabilista praticar ou concorrer para a prática de procedimentos lesivos à Fazenda Pública. Assim, se detectada pela Administração a ocorrência de condutas do profissional contabilista que venham a acarretar lesão ao erário, a primeira providência a ser tomada será a cassação da autorização de manutenção dos livros contábeis que estavam sob sua guarda, atitude pautada na legalidade, que se revela razoável e proporcional, uma vez que, agindo assim, a Administração estará atuando em harmonia com o devido processo legal na aplicação e na execução das regras e das sanções dispostas no Decreto nº 38.104/96, que instituiu o RICMS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 269.784-5/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Empresa de contabilidade - Cassação de autorização para manutenção de livros fiscais - Conduta da Administração pautada na legalidade (art. 171, § 2º, RICMS), na motivação, diante das provas demonstradas, e na razoabilidade, posto que necessária e proporcional a sanção - Direito líquido e certo inexistente - Cassação da segurança. - Determina o art. 171 do Regulamento do ICMS que os livros contábeis poderão, a cargo da Administração Fazendária, ser guardados e mantidos com o contabilista, ficando este, com isso, responsável solidariamente pelas informações prestadas, e, segundo dispõe o § 2º do referido dispositivo, tal permissão poderá ser cassada, a qualquer tempo, nas hipóteses que menciona, dentre as quais uma de relevante importância, para o Fisco, que é se o contabilista "praticar ou concorrer para a prática de procedimentos lesivos à Fazenda Pública". - Em vista disso, caso a Administração Fazendária demonstre a ocorrência de condutas do profissional contabilista que venham a acarretar lesão ao erário, por consequência, a primeira providência a ser tomada será a cassação da autorização de manutenção dos livros contábeis, que estavam sob sua guarda (a do contador).

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, 10 de março de 2003. - José Domingues Ferreira Esteves - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Francisco Antônio de Carvalho.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de recurso de apelação oposto pela Contabilidade Paulo Coutinho Ltda., através do qual se insurge contra a r. sentença de fls. 162/170, que denegou a segurança impetrada em face de ato ilegal por parte do Sr. Chefe da Administração Fazendária/III de Divinópolis, ao pressuposto de que tenha inexistido qualquer violação a direito líquido e certo no ato que veio suspender a permissão de se manter, em seu estabelecimento, os livros contábeis de propriedade de empresas clientes.

Não se conformando com tal entendimento, sustenta o apelante, no arrazoado de fls. 172/175, que, não obstante estabeleça o Regulamento do ICMS de Minas Gerais a possibilidade de se cassar a permissão do contabilista em manter os documentos escriturários das empresas, não poderá a Administração, ao seu livre arbítrio, fazê-lo, sem qualquer prova ou plena demonstração de eventuais irregularidades, sob pena de configurar abuso de autoridade.

Entendendo, pois, o apelante que não agiu a autoridade coatora em conformidade com o devido processo legal, eis que lhe impossibilitou a ampla defesa e o contraditório, pugna-se pelo provimento do recurso, para reformar a decisão monocrática.

Subiram, em seguida, para este col. Tribunal de Justiça, quando me vieram conclusos para o devido pronunciamento.

Conheço do recurso, porque próprio e tempestivo.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por empresa especializada em contabilidade, através do qual se insurgiu contra ato de iniciativa da Administração Fazendária do Município de Divinópolis, que lhe veio cassar a autorização para guarda de livros de escrita fiscal de contribuintes, conforme autorizado no art. 171, § 2º, do RICMS, consoante se depreende do ofício acostado às fls. 32 dos autos.

Neste sentido, o d. Magistrado, Titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, concluiu que

não houve ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, nem do contraditório, e muito menos condenação sumária sem o devido processo legal, exatamente porque o Impetrado agiu dentro de sua competência discricionária e nos termos da lei em espécie.

De fato, analisando-se os fundamentos de fato que ensejaram a fiscalização sobre atos do apelante, bem como sobre seus clientes, contribuintes estaduais, noto que inexistiu qualquer transgressão a direito líquido e certo, hábil a ser amparado por meio do remédio heróico.

Determina o art. 171 do Regulamento do ICMS que os livros contábeis poderão, a cargo da Administração Fazendária, ser guardados e mantidos com o contabilista, ficando este, com isso, responsável solidariamente pelas informações prestadas.

Além do mais, o parágrafo segundo do referido dispositivo estabelece que tal permissão poderá ser cassada, a qualquer tempo, nas hipóteses que menciona, dentre as quais uma de relevante importância, para o Fisco, que é se o contabilista "praticar ou concorrer para a prática de procedimentos lesivos à Fazenda Pública".

Em vista disso, caso a Administração Fazendária demonstre a ocorrência de condutas, do profissional contabilista que venham acarretar lesão ao erário, por consequência, a primeira providência a ser tomada será a cassação da autorização de manutenção dos livros contábeis, que estavam sob sua guarda (a do contador).

Ora, se cabe à autoridade fazendária, por livre convencimento e interesse, permitir a guarda de documentos e impressos contábeis em firmas de contabilidade, tenho para mim que o ato é discricionário e poderá - até porque a lei assim determina - ser

suspenso em qualquer oportunidade, sem que venha transgredir o exercício da profissão, como faz crer o apelante.

Cabe pontuar, ainda, que o ato administrativo hostilizado no writ foi, devidamente, fundamentado, na medida em que restou demonstrada a atuação do apelante em operações de clientes que vieram a acarretar dano aos cofres públicos estaduais.

Ademais disso, não verifiquei que tenha a autoridade coatora agido com desproporção ou desarrazoabilidade no ato que veio a cassar a autorização do apelante, no que toca à manutenção de livros contábeis de empresas, uma vez que, em obediência ao próprio Decreto nº 38.104/96, que instituiu o RICMS em Minas Gerais, atuou em harmonia com o devido processo legal, na aplicação e execução das regras e das sanções nele dispostas.

Na verdade, invocando, aqui, a lição de CANOTILHO, para quem "o princípio da proibição de excesso (ou da razoabilidade) aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, 3ª ed., p. 266), é relevante que os agentes administrativos se submetam aos ditames constitucionais, máxime aqueles estabelecidos no art. 37 da Carta Magna, sob pena de incorrerem em abuso de autoridade, tão rejeitado atualmente.

Enfim, nos dizeres de LUCIA VALLE FIGUEIREDO, o princípio da razoabilidade, com seu desdobramento no princípio da proporcionalidade, significa que "é por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderão contrastar atos administrativos, e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito" (*Estudos de Direito Tributário*, Malheiros, 1996), de maneira que o ato de iniciativa do apelado esteve em harmonia com a legislação e, sobretudo, tendo em vista as robustas provas demonstrando o receio de grave lesão ao erário, refletiu, com a verdade dos fatos, a necessidade de se coibirem as condutas do apelante.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo e mantenho, por suas bem-lançadas fundamentações, a sentença recorrida.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Emílio Fidélis - Sr. Presidente. O ato administrativo está devidamente fundamentado, não havendo qualquer infração de ordem procedimental,

não competindo, neste caso, ao Poder Judiciário ingressar no seu mérito, contentando-se, exclusivamente, com sua validade formal, razão pela qual, acompanho o Relator e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Também nego provimento na conformidade dos votos proferidos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE - IMPROCEDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS - PROPOSTURA DE NOVA AÇÃO - POSSIBILIDADE - PATERNIDADE - DIREITO INDISPONÍVEL - COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA

- Se, na investigação de paternidade anteriormente ajuizada, não ficou constatada a paternidade, por ausência de provas, é possível o ajuizamento de outra investigatória, sem que ocorra a coisa julgada, pois o direito de o filho saber quem é seu pai é indisponível, não estando sujeito à coisa julgada, se não foram exauridos todos os meios para a averiguação dessa paternidade.

AGRAVO Nº 286.715-8/00 - Comarca de Elói Mendes - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Investigação de paternidade - Ação já ajuizada anteriormente - Improcedência por ausência de provas de ser o investigado pai biológico do investigante - Nova ação - Alegação de coisa julgada - Inocorrência - Direito indisponível - Exaustão das possibilidades de prova - Provimento negado.

Decisão agravada às fls. 07/11.

Informações do Juiz *a quo* às fls. 33/35.

O recurso não foi contraminutado, opinando a Procuradoria de Justiça por seu desprovimento.

É o relatório.

Conheço do recurso.

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, 24 de fevereiro de 2003. - Roney Oliveira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão do Juiz de primeiro grau que, em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, deixou de extinguir o processo com base na coisa julgada.

O agravante alega que a ação já foi anteriormente proposta, em seu desfavor, julgando-se, naquela oportunidade, improcedente o pedido.

Em contestação, aduz que requereu a extinção do processo baseado na coisa julgada, mas o Juiz *a quo* indeferiu a preliminar de coisa julgada e determinou a instrução probatória, inclusive exame de DNA.

A paternidade é um direito indisponível e, a qualquer tempo, é possível o ajuizamento de ação para se averiguar eventual paternidade.

No caso em tela, o agravante alega que já houve uma ação ajuizada em seu desfavor, pleiteando reconhecimento de paternidade, a qual foi julgada improcedente por ausência de provas da paternidade biológica.

Uma nova ação foi ajuizada, com idêntico objetivo.

Nela, pede-se exame de DNA, porque, na ação anteriormente ajuizada, não ficou excluída a paternidade.

Nos casos de investigação de paternidade, em que não ficou constatada a paternidade por ausência de provas, não há falar-se em coisa julgada material, principalmente quando ainda há provas a produzir.

O direito de um filho saber quem é o seu pai é indisponível, não estando sujeito, como dito, à coisa julgada, se não foram exauridos os meios para averiguação dessa paternidade. A decisão agravada

está correta e não merece reforma, devendo a nova ação, ajuizada para investigar a paternidade do agravante, ter normal sequência.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - LEI MUNICIPAL - FIXAÇÃO DE HORÁRIO BANCÁRIO - NORMAS DE ATENDIMENTO A CLIENTES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - MATÉRIA DE INTERESSE NACIONAL - INCONSTITUCIONALIDADE

- Autoridade coatora não é somente a pessoa que comete diretamente o ato coator e ilegal, mas também todo aquele que, de algum modo, participa e influi na transgressão a direito e garantia tidos como invioláveis.

- A competência para legislar sobre o funcionamento de instituições financeiras é da União, sendo inconstitucional a lei do município que fixa horário de atendimento bancário, impondo a obrigatoriedade de os bancos atenderem seus clientes no prazo máximo de quinze minutos, porquanto referida matéria é predominantemente de interesse público nacional, que se superpõe, a rigor, aos interesses locais.

- V.v.: - É de se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do presidente da câmara municipal apontado como autoridade coatora em mandado de segurança impetrado para suspender efeitos de lei municipal, de iniciativa do prefeito, pois nesta hipótese a responsabilidade pela execução da lei é do prefeito, e não da câmara que a votou. (Des. Emame Fidélis)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 285.569-0/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Constitucional - Mandado de segurança - Instituição financeira submetida à lei municipal que disciplina normas de atendimento a clientes, como a tolerância na fila, por 15 minutos - Repartição de competências - Matéria de interesse nacional - Manifesta inconstitucionalidade - Precedentes do Tribunal - Concessão do writ.

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 REJEITAR A PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - José Domingues Ferreira Esteves - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se, em reexame obrigatório, de recurso de

apelação aviado pela Câmara Municipal de Juiz de Fora e outros, insurgindo-se contra a r. sentença de fls. 72/76, da lavra do MM. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Banco Mercantil do Brasil, suspendeu a vigência da Lei Municipal nº 10.089/01, a qual dispunha acerca do horário de atendimento externo pelas instituições financeiras.

Para tanto, não se conformando com tal entendimento, sustentam os apelantes, em sede de preliminar, a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, na medida em que não detêm nenhuma responsabilidade sobre a execução da legislação combatida.

No mérito, por sua vez, salientam que a lei municipal que disciplina o tempo determinado de 15 minutos, para a permanência em fila, nos estabelecimentos bancários, encontra-se em harmonia com a sistemática constitucional, uma vez que, de acordo com o art. 30, incisos I e II, da Carta Magna, a referida matéria, sendo de interesse local, pode ser, em caráter suplementar, legislada pelos Municípios.

Dessa forma, entendendo ser competente para o trato da questão bancária, a teor de expressa disposição constitucional, rogam pelo provimento do apelo, reformando-se, destarte, a decisão monocrática (fls. 80/90).

Contra-razões, às fls. 93/96.

A par da remessa oficial, conheço do recurso, porque próprio e tempestivo, presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

De saída, impende afastar a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo apelante, haja vista que a autoridade coatora não é senão aquela que comete, diretamente, o alegado ato coator e ilegal, mas também todo aquele que, de algum modo, participa e influi na transgressão ao direito e garantia tidos como invioláveis, razão por que a rejeito.

O Sr. Des. Emanoel Fidélis - Sr. Presidente. *Data venia*, estou discordando do Relator para julgar ilegítimo o Presidente da Câmara Municipal para responder pela Câmara. Na hipótese, seria o Prefeito Municipal o executor da lei do Município, e não a Câmara Municipal, que votou a lei.

Acolho a preliminar de ilegitimidade.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - *Data venia* do entendimento do em. Des. Revisor, também descolho a preliminar argüida pelo 2º apelante, tendo em vista circunstância específica no caso.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Completa razão assiste ao apelado, quando, informado com a Lei nº 10.089, de 26 de novembro de 2001, do Município de Juiz de Fora, que tratava sobre atendimento bancário, impetrou remédio constitucional, ao fim de suspender os seus efeitos.

Isso porque a referida matéria é, predominantemente, de interesse público nacional, que se superpõe, a rigor, aos interesses locais de cada município.

Dal a expressa e inarredável tutela constitucional em relação à competência da União para legislar questões referentes às instituições bancárias.

Impende notar que este eg. Tribunal de Justiça, por sua manifestação maioritária, tem decidido, em abono à tese do apelado, no sentido de que o Município não tem a competência que entende ser cabível em relação à matéria em exame.

Veja-se, por oportuno, o seguinte julgado da lavra do eminente Desembargador Célio César Paduani, que hoje muito prestigia e abrilhanta esta 6ª

Câmara Cível, quando, ainda na 4ª Câmara, por ocasião do julgamento da Apelação nº 225.348-2, da Comarca de Nanuque, assim decidiu:

Mandado de segurança. Instituições financeiras. Funcionamento. Competência para legislar. - A competência para legislar sobre o funcionamento das instituições financeiras é da União, sendo, pois, inconstitucional a lei municipal que versa sobre a obrigatoriedade de as instituições financeiras atenderem seus clientes no prazo máximo de quinze minutos, contados a partir do momento em que ele tenha entrado na fila de atendimento. Essa a inteligência dos artigos 163, V, e 192, IV, da Constituição Federal. Precedentes deste Tribunal (publicado em 04.04.02).

A bem da verdade, deve-se registrar, que a *ratio legis* de tal peculiar e específica competência da União se dá, justamente, pela predominância do interesse geral, nacional, em detrimento dos assuntos, eminentemente locais, o que não é, a nosso sentir, o caso dos autos.

Com efeito, acerca do porquê das competências descentralizadas e, rigidamente, dispostas no texto constitucional, JOSÉ AFONSO DA SILVA assim explica:

A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiologicamente com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 1999, 16ª ed., p. 477).

Dessa forma, toda legislação municipal que vier a se sobrepor, em seu poder de competência, regulando matérias que não poderiam ser por ela tratadas, a par de relevantes interesses locais à luz da Carta Magna, pode-se concluir, por certo, embasando-se no critério de divisão de competências, que ela estará eivada de inconstitucionalidade.

E assim o é a lei municipal de Juiz de Fora, quando, à mitigação da competência exclusiva da União, pretendeu legislar acerca do horário de atendimento pelas instituições bancárias, fazendo *tabula rasa* de todo o ordenamento constitucional.

É de se registrar, corroborando com a assertiva ora deduzida, que o STJ, por reiteradas decisões neste mesmo sentido, decidiu sumular a matéria, expedindo-se, destarte, a orientação de que "a fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União" (Súmula 19).

Visto assim, entendo certa a posição adotada pelo MM. Juiz sentenciante, pela suspensão dos efeitos

da lei municipal, razão por que a confirmo, em seus próprios e jurídicos fundamentos.

Do exposto, em reexame necessário, mantenho a r. sentença recorrida, ficando prejudicado o apelo voluntário.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Emanoel Fidélis - Quanto ao mérito, acompanho o Relator.

LICITAÇÃO - PROCESSO - ILEGALIDADE - ANULAÇÃO - PODER DE AUTOTUTELA DO ESTADO - DEVER DA ADMINISTRAÇÃO - CONEXÃO OU CONTINÊNCIA - ART. 405 DO CPC - MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RITOS DISPARES - REUNIÃO DAS AÇÕES - IMPOSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - ART. 4º DA LEI Nº 1.060/50

- A simples afirmação da parte de que não tem condições de arcar com o ônus do processo dá a ela o direito aos benefícios da assistência judiciária, segundo dispõe o art. 4º da Lei nº 1.060/50. Nesse caso, a pobreza é presumida, cabendo à parte contrária provar a suficiência de recursos do requerente para o custeio do processo.

- O art. 105 do CPC estabelece que, havendo conexão ou continência, o julgador pode reunir as ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Contudo, tratando-se de ritos processuais inconciliáveis, como é o caso de ação civil pública e mandado de segurança, não é possível se determinar a reunião de processos.

- A Administração, na faculdade de seu poder de autotutela, deve anular o processo licitatório, desde que constatado vício de ilegalidade. Para tanto, o ato de anulação deve ser precedido de oportunidade de defesa e acompanhado de parecer escrito devidamente fundamentado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 283.350-7/00 - Comarca de Conceição das Alagoas - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Administrativo - Assistência judiciária - Art. 4º da Lei 1.060/50 - Art. 105 do CPC - Mandado de segurança - Ação civil pública - Ritos processuais dispares - Impossibilidade de continência - Anulação de processo de licitação - Ilegalidade - Poder de autotutela do Estado - Dever da Administração - Segurança denegada. - Para que seja concedida a assistência judiciária gratuita, basta a simples afirmação por parte do requerente de sua pobreza. Neste caso, a pobreza será presumida, cabendo à parte contrária a prova da suficiência de recursos para o custeio do processo. O artigo 105 do CPC estabelece que, havendo conexão ou continência, o julgador pode reunir as ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Contudo, tratando-se de ritos processuais inconciliáveis, como se verifica na ação civil pública e no mandado de segurança, não é possível se deter-

minar a reunião de processos. A Administração, na faculdade de seu poder de autotutela, deve anular o processo licitatório desde que constatado vício de ilegalidade. Para tanto, o ato de anulação deve ser precedido de oportunidade de defesa e acompanhado de parecer devidamente fundamentado.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - Jarbas Ladeira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Cuida-se de recurso de apelação contra sentença que, em mandado de segurança impetrado por Olímpio de Sousa Silva contra ato do Prefeito Municipal de Conceição das Alagoas que resultou na anulação do Processo Licitatório de nº 684/2000, rejeitou a preliminar suscitada do ato coator e denegou a segurança pleiteada.

O impetrante relatou, em sua peça exordial, ter arrematado em hasta pública o imóvel objeto da licitação, na modalidade de concorrência, tipo melhor preço ou oferta. Alegou que o Prefeito teria expedido o competente termo de arrematação, contudo, posteriormente, anulado a referida licitação, sob o argumento de que a mesma teria sido ilícita. Salientou que o ato da autoridade dita coatora estaria eivado de ilegalidade e abuso de poder, pois a licitação incidiu sobre objeto lícito, com forma prescrita em lei, caracterizando ato jurídico perfeito e acabado.

Relatório circunstanciado já se encontra junta- do aos autos.

Compulsando os autos, constata-se que, apesar de ter sido indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita pelo digno Juiz monocrático (fl. 73), não foi efetuado o preparo.

Entretanto, verifica-se, também, que o apelante, em suas razões recursais, requer novamente a concessão da gratuidade, sustentando a desnecessidade da declaração de pobreza, desde que existente na peça inicial a afirmação de que não reúne condições de pagar as custas e honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de sua família.

Na realidade, *data venia*, não se vislumbram nos autos motivos suficientes ao indeferimento do requerimento formulado pelo apelante, pois vigora em seu favor a presunção da insuficiência de recursos declarada na peça exordial.

Desta feita, segundo dispõe o artigo 4º da Lei 1.060/50, a simples afirmação feita pelo requerente em sua inicial já é suficiente ao deferimento da gratuidade pleiteada.

Ainda, no primeiro parágrafo deste mesmo artigo, ressalta-se a existência da presunção da condição de pobreza, até que seja realizada prova em contrário. Tal prova, esclarece-se, deve ser produzida pela parte contrária.

Este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou de forma análoga ao entendimento ora esposado, *in verbis*:

Assistência judiciária - Declaração de pobreza - Condição presumida. - Segundo disposição do art. 4º da Lei 1.060/50, a simples afirmação da parte de que não tem condições de arcar com ônus do processo dá a ela o direito aos benefícios da assistência judiciária. Tal condição é presumida, até prova em contrário, conforme § 1º da mesma disposição legal (Agravado de Instrumento nº 276.476-9, Relator: Des. Geraldo Augusto, j. em 14.05.2002).

Processual Civil - Agravado de instrumento - Assistência judiciária - Simples declaração do interessado - Direito assegurado. - A simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar as taxas judiciárias sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família lhe garante, até prova em contrário, a assistência judiciária gratuita. Recurso a que se dá provimento (Agravado de Instrumento nº 261.468-3 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. Kildare Carvalho, j. em 25.04.2002).

Diante de tais considerações, tenho que tal pretensão deve ser deferida.

Nestes termos, conheço do recurso interposto, por próprio e tempestivo.

O apelante, em suas razões, reiterou a preliminar argüida pelo Ministério Público no parecer final e inacolhida pelo douto Julgador monocrático. Asseverou que se impõe o julgamento em conjunto do presente *writ* e da ação civil pública (Autos nº 5.596/2001), sob pena de risco de decisões conflitantes.

Permissa venia, penso que razão não assiste ao apelante quanto à suscitada preliminar.

A situação ora discutida tem fundamento no artigo 105 do CPC, que dispõe o seguinte:

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.

Insta esclarecer que o referido artigo não se apresenta como norma cogente, pois o juiz possui discricionariedade para decidir se o caso impõe a reunião das ações, ou se a reunião é desnecessária ou inviável. Desnecessária, quando a eventual contradição dos julgados não apresentar nenhuma gravidade. Inviável, no caso de não ser possível a reunião das ações sem alterar a natureza procedimental de uma delas.

O caso em tela refere-se à eventual reunião de uma ação civil pública e um mandado de segurança.

A ação civil pública (Lei 7.347/85) possui rito procedimental específico e necessita da devida instrução probatória, respeitados o contraditório e a ampla defesa, mesmo que o inquérito civil realizado antes do ajuizamento da ação apresente bons elementos probatórios. Segue subsidiariamente as prescrições do Código de Processo Civil, não se apresentando como procedimento de natureza célere, devido às suas exigências.

Já o mandado de segurança (Lei 1.533/51), como ação constitucional civil de rito sumário ou especial, exige a demonstração cabal do direito líquido e certo, mediante a documentação que instrui a peça exordial (direito comprovado de plano), inexistindo a fase de instrução probatória, o que o torna mais célere.

Frente a estas considerações, não há dúvidas quanto à inviabilidade da reunião das aludidas ações, vez que os ritos processuais por elas apresentados são inconciliáveis.

Do exposto, rejeito a preliminar argüida.

No que pertine às questões de mérito, tenho que o douto Magistrado de primeiro grau decidiu de forma correta.

Assim dispõe o artigo 49, *caput*, da Lei 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

A revogação de atos administrativos inconvenientes e inoportunos reúne maiores condições para sua efetivação, prescindindo da ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a conduta administrativa. Entretanto, com caráter eminentemente discricionário, proporciona à Administração maior liberdade para que seja realizada a extinção de ato válido, mediante oportunidade e conveniência.

Contudo, trata-se o presente de caso de anulação de procedimento licitatório, motivado pela existência de ilegalidade, e portanto, ato obrigatório.

Não há dúvidas de que a Administração, na faculdade de seu poder de autotutela, tem o poder e até mesmo o dever de anular os atos por ela praticados, desde que eivados de nulidades. Sendo comprovada a ilegalidade, até mesmo os atos homologa-

tórios do processo de licitação devem ser anulados. Para tanto, o ato de anulação deve ser precedido de oportunidade de defesa e acompanhado de parecer escrito e fundamentado.

Em caráter ilustrativo e esclarecedor, é cabível a transcrição de entendimento esposado pela i. MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO (*in Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 218), ao referir-se à anulação do ato administrativo:

Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.

Compulsando os autos, não se vislumbrava qualquer situação excepcional que pudesse impedir a anulação do ato eivado de ilegalidade, sendo que a sua manutenção somente poderia trazer prejuízos ao interesse público, não surtindo qualquer benefício.

Outrossim, verifica-se, às fls. 42/48, que o apelante foi devidamente intimado a defender-se quanto à anulação de todo o procedimento licitatório, apresentou defesa escrita e foi proferida decisão devidamente fundamentada, com especificação das ilegalidades ocorridas.

Dentre as ilegalidades apontadas, o fato de o imóvel arrematado não ter sido devidamente desafetado (área de uso especial), o valor irrisório, resultado da avaliação deste, e a arrematação por um único licitante são fatores suficientes à anulação do processo de licitação.

Por oportuno, não cabem maiores análises quanto ao mérito da decisão proferida em âmbito administrativo, pois ao Judiciário compete apenas a verificação da regularidade e legalidade do procedimento realizado, sendo esta atendida.

Nestes termos, como o mandado de segurança requer a prova de plano do direito líquido e certo que se pretende assegurar e esta não foi apresentada pelo apelante, deve a segurança ser denegada, conforme o foi em primeira instância.

Sobre o entendimento ora adotado, vejamos as decisões emanadas deste eg. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Administração Pública - Licitação - Anulação - Contraditório e ampla defesa. - Deve a Administração, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, anular o processo licitatório eivado de

ilegalidade, desde que observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Apelação Cível nº 193.212-8 - Comarca de Unaí - Relator: Des. Antônio Hélio Silva, j. em 19.12.2000).

Mandado de segurança - Ato administrativo - Revogação - Conveniência - Ausência de direito líquido e certo. - À Administração Pública é deferido o direito de revogar o procedimento licitatório, no exclusivo atendimento da sua conveniência, conforme a viabilidade inscrita no art. 49 da Lei nº 8.666/93, decorrência de que não pode imputar tal ato como ilegal ou arbitrário, passível de gerar à parte direito subjetivo, a integrar o seu patrimônio e que possa ser defendido pela via mandamental. Tais circunstâncias caracterizam não ter a requerente alcançado trazer com a sua inicial prova do seu alegado direito líquido e certo, o que conduz inexoravelmente à denegação da almejada segurança. Apelação desprovida (Apelação Cível nº 199.024-1 - Comarca de Alpinópolis - Relator: Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, j. em 29.03.2001).

Administrativo - Município - Licitação - Edital - Obscuridade - Requisito específico - Ilegalidade - Anulação. - É lícito à Administração anular, na fase de habilitação, processo licitatório eivado de ilegalidade, diante de exigência obscura de prova de requisito previsto em lei especial (Apelação Cível nº 156.019-2, Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. em 09.12.1999).

Também vale transcrever decisão emanada do colendo STJ no mesmo sentido, *in verbis*:

Mandado de segurança - Licitação homologada - Simples expectativa de direito a contratação - Anulação - Possibilidade - Vícios que tornam os atos ilegais - Despacho motivado - Artigo 39 do Decreto-lei nº 2.300/86 e Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal - Segurança denegada. - Pode a Administração revogar a licitação por interesse público e deve anular, inclusive os atos homologa-

tórios, por ilegalidade. Induidoso o prejuízo ao Estado, evidenciada a existência de ilegalidade ou dos vícios graves que levaram a essa constatação, a anulação se impunha, mesmo depois de homologada a concorrência a favor de um dos licitantes, pois o vencedor é titular de simples expectativa de direito a contratação. Exige-se, porém, que o ato de invalidação esteja plenamente justificado e que não resulte no benefício de outro concorrente, em detrimento do vencedor. Dos vícios que tornam os atos ilegais não se originam direitos e o mandato de segurança não comporta minucioso exame de provas sobre matéria controvertida. O direito líquido e certo deve estar desde logo demonstrado. Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao recurso (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1.717-PR, Segunda Turma do STJ, Rel. Hélio Mosimann, j. em 25.11.1992).

Sob essas considerações, existindo o vício de ilegalidade que macula o Processo de Licitação de nº 684/2000 e tendo sido observados o contraditório e a ampla defesa, no procedimento administrativo que anulou o referido processo, não se apura qualquer ato abusivo por parte da Administração, ou direito líquido e certo a ser amparado pelo presente *mandamus*.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação, ressalvada a concessão da assistência judiciária pretendida.

Sem custas.

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

O Sr. Des. Emanoel Fidéls - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO.

TESTAMENTO PÚBLICO - ANULAÇÃO - DOENÇA MENTAL - ATOS DA VIDA CIVIL - INCAPACIDADE - FALTA DE PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO PLEITEADO - ÔNUS - NÃO-ATENDIMENTO - DOCUMENTO PÚBLICO - TEOR PROBANTE - VALIDADE CONFIGURADA - ESCRITURA PÚBLICA - RECONHECIMENTO

- Na ação anulatória de testamento público, não pode prevalecer a alegação de ser o testador louco, se ele não foi interditado ou se não ficar comprovado o seu desequilíbrio psíquico, passível de impedi-lo de responsabilizar-se por seus atos, devendo, assim, se não for comprovado o seu estado de insanidade, que o impossibilita de discernir o significado de sua atitude, prevalecer o teor probante da escritura pública de testamento, que é regido pelo disposto no art. 364 do CPC, possuindo o seu conteúdo presunção de veracidade *juris tantum*, a ser infirmado por outras provas em contrário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.016-1/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Testamento público - Anulação - Doença mental - Atos da vida civil - Incapacidade - Falta de prova - Fato constitutivo do direito pleiteado - Ônus - Não-atendimento - Documento público - Teor probante - Validade configurada - Ato registral reconhecido. - À autora cabe o encargo de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, pena de improcedência do pedido, sendo esta a hipótese do processado, pois deixou de provar que a doença mental que acometia o seu falecido marido o impedia de gerir sua pessoa e bens, assim como de que a mesma lhe tolheu a capacidade de entender as consequências do ato de dispor as suas últimas vontades. Assim, não se apresentaram nos autos as hipóteses do art. 1.627, II e III, do Código Civil, passíveis de anular o seu testamento. O teor probante do documento público rege-se pelo disposto no art. 364 do CPC, possuindo o seu conteúdo presunção de veracidade *juris tantum*, a ser infirmado por outras provas em contrário, o que não se deu nos autos. 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, 29 de maio de 2003. - Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Humberto Theodoro Júnior.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Cuida-se de recurso de apelação intentado por Zeni da Cunha Nery contra sentença que julgou improcedente ação anulatória de testamento público, promovida contra Pedro Saturnino Nery e outros.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram reportadas, sinteticamente, no relatório de fl. 415-TJ, de lavra do preclaro Des. Aloysio Nogueira, o qual foi adotado na sua íntegra.

Inicialmente, cumpre estabelecer que a preliminar aventada pela apelante foi dirimida pelo acórdão proferido nos Embargos Infringentes nº 133.901-9 (fls. 471/482-TJ), o qual foi confirmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (fls.

563/572-STJ). Em decorrência, foram-me redistribuídos os autos à apreciação do mérito da controvérsia, segundo a decisão do ilustre Primeiro Vice-Presidente (fl. 599-TJ).

A apelante assevera que o juiz singular realizou apreciação imperfeita da prova laborada no processado, pois desconsiderou tanto a documental como a testemunhal, inclusive as declarações de médicos que acompanharam o testador por longo período de sua vida, comprobatórias de ser o mesmo portador de esquizofrenia paranóide, doença mental de longa evolução e irreversível, a qual debilitou a sua estrutura intelectual e emocional, impedindo-o de discernir as reais consequências dos seus atos, situação esta que foi, insidiosamente, aproveitada pelos apelados à efetivação do testamento, realizado numa comarca distante, o que, a seu ver, contamina a sua eficácia. Neste aspecto, alegou que a doença mental do seu falecido marido lhe erigiu sentimentos de hostilidades contra a apelante, que, temendo as suas ameaças de morte, nunca pediu a sua separação ou interdição do mesmo, fatos estes que foram, a seu aviso, determinantes à confecção do testamento viciado e, infelizmente, desconhecidos pelo Juiz singular no desate da demanda. Assim, pretende a reforma da sentença ao acolhimento do pleito vertido na sua peça de ingresso.

Da análise do espectro probatório laborado no processado, notadamente da prova documental acostada na exordial (fls. 18/67-TJ) e das declarações das testemunhas coletadas na a.i.j. (fls. 260/278-TJ), desumo que a apelante não alcançou comprovar estar o testador, o seu falecido marido, submetido a quaisquer das hipóteses dos incisos II e III do art. 1.627 do Código Civil, passíveis de deruir o vigor do testamento público de fl. 18-TJ. Senão vejamos.

Apesar de o testador, Lázaro Nery Silva, ser portador de doença mental, "esquizofrenia paranóide", cujas características e sintomas foram descritos por seu médico particular, Dr. Francisco Bento Calil, e pela médica do INSS, Drª. Jane Cassimiro de Araújo, nos seus respectivos depoimentos de fls. 260/265-TJ, não se patenteou que esta condição patológica impedisse o nominado testador de gerir a sua pessoa e seus bens.

Nesse sentido, tenho que o seu *modus vivendi* tinha feições idiossincráticas e indolentes, conforme narrado pelas testemunhas, Maria Romilda Pereira, Virgínia de Almeida e Silva e Maria de Lourdes de Oliveira (fls. 266/272-TJ), todavia esta conduta do falecido Lázaro Nery da Silva jamais poderia ser equiparada com loucura, na sua acepção

mais ampla. Esta circunstância é confirmada pelas testemunhas de fls. 273/278-TJ, que noticiaram a tenência da referida pessoa para os fatos do cotidiano. Portanto, considero afastada a incidência do art. 1.627, II, do CC, já que, para tal ocorrer, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "Basta que o comportamento psíquico do indivíduo esteja atingido na sua vida de relação na sociedade" (*Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 165).

Ademais, não se olvidou que, se efetivamente louco fosse o testador, cabia a sua interdição por sua esposa, ora apelante, não sendo crível que fosse impedida de concretizá-lo nos longos anos de convivência do casal, por supostas ameaças de morte. Assim, na falta da interdição do seu finado marido, resultava imperiosa a comprovação do seu desequilíbrio psíquico, passível de impedi-lo de responsabilizar-se por seus atos e, conseqüentemente, infirmar a validade do testamento elaborado por ele, pois o mencionado art. 1.627, II, do CC exige a presença da insanidade para que isso ocorra, o que não se deu nestes autos, como supra-arrazoado.

Enfim, não se configurando na espécie vertente a hipótese do inciso II do pré-falado art. 1.627 do CC, passa-se à análise da alegada presença da situação preconizada no subsequente inciso III.

A meu sentir, não se verifica, igualmente, a situação legal de que o marido da apelante não se encontrava no seu juízo perfeito na oportunidade em que testou os seus bens, impossibilitando-o de discernir o significado da sua atitude. Nesse tocante, jejuna foi a prova vertida nos autos; pelo contrário, esta sinaliza que a doença mental do testador, embora lhe gerasse um enfoque próprio da realidade, não o impedia de expressar livremente a sua vontade, segundo as declarações do seu médico particular, Dr. Francisco Bento Calil (fl. 261-TJ), fato este que não se adequa aos ditames do citado artigo de lei.

Em contrapartida, inviável omitir-se que o Tabelião do Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de São Carlos-SP atestou, na escritura pública de testamento de fls. 22/25, que Lázaro Nery da Silva se encontrava no seu juízo perfeito, quando da sua lavratura. E, como este documento possui o teor probante disposto no art. 364 do CPC, ou seja, tem presunção de veracidade *juris tantum*, resulta que as informações ali vertidas poderiam ser infirmadas por elementos de convicção em contrário, o que não aconteceu no processado, pois, em nenhum momento, a apelante demonstrou que a referida afirmação do notário não espelhasse a realidade do ocorrido, devendo prevalecer, destarte, o contido no aludido documento

público. É o posicionamento da jurisprudência pátria, consoante ressalai do aresto que ora se transcreve:

Sendo a regra a capacidade do testador, por isso que presumida, as alegações relativas à incapacidade somente haverão de prevalecer se a prova for plena, cabal e concludente (RT, 716/255).

Por conseguinte, emerge que as conclusões do Juiz monocrático alusivas à inexistência de não-demonstração, pela apelante, do desequilíbrio psíquico do testador, total ou momentânea, capazes de derreuir a eficácia das suas disposições de última vontade, revelam-se corretas e lastram-se no arcabouço probatório erigido no feito. E tais circunstâncias demonstram que a apelante não se desincumbiu do encargo previsto no art. 333, I, do CPC, por não ter provado o fato constitutivo do direito perseguido nesta ação, acarretando a sua inexorável improcedência.

Nesta seara, necessário trazer à baila o ensinamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, v.g.,

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Actore non probante absoluitur reus* (*Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. I, p. 455).

Em decorrência, vislumbro ser forçoso perfilar o convencimento insito na sentença fustigada, de que não se patentearam nos autos as hipóteses do art. 1.627, I e II, do Código Civil, impossibilitando a anulação do testamento de Lázaro Nery da Silva. Para finalizar, considero necessário colacionar a perspicaz observação do insigne Procurador de Justiça, Dr. Mauro Flávio Ferreira Brandão, *verbis*,

Diante dos elementos colhidos nos autos, somos do entendimento que, apesar de portador de esquizofrenia, o falecido expressou livre e fielmente sua vontade de testar em favor dos apelados (fl. 412-TJ).

Isso posto, nego provimento ao apelo em epígrafe para manter na íntegra a sentença.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

EDUCAÇÃO - ENSINO PÚBLICO SUPERIOR - MENSALIDADES E MATRÍCULA - GRATUIDADE - GARANTIA CONSTITUCIONAL - ART. 206, IV, DA CR/88

- O direito à educação consubstancia-se em verdadeiro direito fundamental do cidadão, propiciando a realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil arrolados no art. 1º, incisos II, III e IV, da Constituição, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho.

- A gratuidade do ensino público decorre de princípio constitucional que abrange, sem restrições, o ensino fundamental, médio e superior. Assim, existindo estabelecimentos públicos dedicados ao ensino superior, estes deverão observar o referido princípio, não havendo que se falar em ausência de lei como motivo limitador do exercício do direito, devendo o custo do serviço ser suportado por toda a sociedade, mediante a aplicação de recursos provenientes da arrecadação de impostos.

- Além das mensalidades, a gratuidade deve ser estendida também aos serviços prestados pela instituição relacionados diretamente às atividades acadêmicas, estando a matrícula inserida neste caso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.391-6/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: O direito à educação consubstancia-se em verdadeiro direito fundamental do cidadão, propiciando a realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil arrolados no artigo 1º, incisos II, III e IV, da Constituição, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho. É dever do Estado oferecer educação aos cidadãos, decorrendo a gratuidade do ensino público de princípio constitucional que abrange o ensino fundamental, médio e superior, sem restrições.

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, 12 de maio de 2003. -
Carreira Machado - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Daniela Pena Mendes e outros, fls. 144/153, à sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, fls. 135/141, que denegou a segurança na qual pleiteavam que a Unimontes se abstivesse de exigir o pagamento da taxa de matrícula como condição para a matrícula e frequência nos respectivos cursos.

Sustentam os apelantes que a gratuidade do ensino público, prevista como princípio constitucional, abrange os níveis fundamental, médio e superior, não sendo lícita a cobrança de taxa pela Unimontes.

Prevê o artigo 205 da Constituição Federal:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição, Malheiros Editores, p. 315:

O art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem.

Acrescenta:

A consecução prática dos objetivos da educação consoante o art. 205 - pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho - só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição, como são: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o seu pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino; garantia de padrão de qualidade (art. 206). (*op. cit.*, p. 801).

Oportuna a lição de JOSÉ CELSO MELLO FILHO, in *Constituição Federal* Anotada, 2ª ed., Saraiva, p. 533:

A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

O direito à educação consubstancia-se em verdadeiro direito fundamental do cidadão, propiciando a realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil arrolados no artigo 1º, incisos II, III e IV, da Constituição, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho.

A Constituição Federal estabelece os seguintes critérios para a sua efetivação:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurado, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O Estado deve oferecer educação aos cidadãos, decorrendo a gratuidade do ensino público de princípio constitucional que abrange o ensino fundamental, médio e superior, sem restrições.

Oportuna, também, a lição do Professor PAULO BONAVIDES sobre a importância e efetividade dos princípios, in *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Malheiros Editores, p. 257-258:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os aresos das

Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valorização e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores referências, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Há cerca de meio século, Crisafulli já bradava contra aquilo que lhe parecia a distorção contemporânea das normas programáticas da Constituição: a 'figura dogmática' dessas normas, empregadas para tolher a juridicidade da Constituição, ou, na mais branda das hipóteses, para restringir 'a impenetrabilidade efetiva e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, frustrando a expensas dos cidadãos as garantias solenemente proclamadas da Constituição'.

As normas constitucionais que priorizam a implantação do ensino fundamental - art. 208 - têm caráter diretivo da atuação do Estado na promoção do serviço, não implicando vedação à existência do ensino superior público gratuito.

Existindo estabelecimentos públicos dedicados ao ensino superior, estes deverão observar o princípio que determina a gratuidade do ensino público.

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Embargos declaratórios - Gratuidade de ensino superior - Distinção entre educação e ensino - Matéria não questionada - Distinção incabível. - A gratuidade do ensino abrange todos os graus escolares, incluindo-se o superior, quando oficial e público. Não há lugar para distinção entre educação e ensino, porque na conceituação de educação está compreendido o ensino. Torna-se imprópria qualquer discussão em torno dessa matéria, em embargos declaratórios, se não foi ela anteriormente debatida. (Embargos de Declaração 169.580-8 - Relator: Des. Cláudio Costa).

Havendo previsão constitucional de gratuidade, não há de se falar em ausência de lei como motivo limitador do exercício do direito, devendo o custo do serviço ser suportado por toda a sociedade mediante a aplicação de recursos provenientes da arrecadação de impostos.

Esta a posição do constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A verdade é que, se a Constituição estabeleceu que a educação é direito de todos e dever do Estado,

significa que a elevou à condição de serviço público a ser prestado pelo Poder Público indiscriminadamente e, portanto, gratuitamente aos usuários, ficando seu custeio por conta das arrecadações gerais do Estado. (op. cit., p. 805).

Ainda que a Constituição permitisse a cobrança, tratando-se de serviço público sem natureza de comércio ou indústria, a taxa deveria ser instituída por lei, e não por resolução, como ocorreu no caso em exame.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu:

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 1999.01.00.074977-9/GO - Relator: Juiz João Batista Moreira.).

Cumprir observar que, além das mensalidades, a gratuidade deve ser estendida também aos serviços prestados pela instituição relacionados diretamente às atividades acadêmicas, estando a matrícula dos impetrantes inserida neste caso.

Ressalto que o valor estipulado como contraprestação para a realização de simples atividade burocrática - R\$218,00 - é excessivo, revelando-se desassociado do motivo declarado pela impetrada como ensejador da cobrança.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança, determinando que os impetrados se abstenham de exigir da impetrante o pagamento da taxa de matrícula e a quitação das anteriores, como condição para a matrícula e frequência em seus cursos.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hypparco Immesi - De acordo.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RITO PROCESSUAL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 9.139/95 - ALIMENTOS - IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PELO ALIMENTANTE - PROVAS - NECESSIDADE - CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - AUSÊNCIA - TEMPESTIVIDADE DO RECURSO - AFERIÇÃO POR OUTROS MEIOS - POSSIBILIDADE - DEFENSOR PÚBLICO - JUNTADA DE PROCURAÇÃO - DESNECESSIDADE

- Aos defensores públicos é dado atuar em juízo desprovidos do instrumento de procuração. Assim, não se exige a juntada daquele documento se a parte está representada nos autos por um membro da Defensoria Pública.

- Podendo-se aferir a tempestividade do recurso por outros meios, não se deve deixar de conhecer do agravo porque ausente a certidão de intimação da decisão agravada, o que representaria um desnecessário apego à forma em detrimento do direito material discutido.

- Na Lei nº 9.139/95 o legislador adotou, para o agravo de instrumento, um procedimento célere, estreito e apertado, no qual inexistente outra fase instrutória diferente daquela atribuída às partes para a apresentação de suas razões recursais. Assim, se nesse momento processual, o alimentante não trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar sua impossibilidade de arcar com o ônus da verba alimentícia arbitrada, não há como aferir-se a procedência de suas razões recursais, pelo que se impõe a improcedência do recurso.

AGRAVO Nº 308.382-1/00 - Comarca de Cambuí - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Como aos defensores públicos é dado atuar em juízo desprovidos do instrumento de procuração, estando a parte representada nos autos por um deles, não se exige a juntada do referido instru-

mento em caso de agravo de instrumento. Se por outros meios pode-se aferir a tempestividade do recurso, não se deve deixar de conhecer do agravo porque ausente a certidão de intimação da decisão agravada,

o que representaria demasiado apego à forma, em detrimento do direito material discutido. No novel rito processual do novo agravo de instrumento, instituído pela Lei nº 9.139, de 30.11.95, o legislador adotou um procedimento célere, estreito e apertado, onde inexistia outra fase instrutória diferente daquela atribuída às partes quando da apresentação de suas razões. Assim, se não constam dos autos elementos probatórios suficientes à aferição da procedência das razões recursais articuladas, o improvimento do recurso se impõe.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de março de 2003. -
Edivaldo George - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George - Cuidam os autos de agravo de instrumento aforado por M.E.X. contra a decisão juntada por cópia às fls. 13, através da qual o Juiz da Única Vara Cível da Comarca de Cambuí/MG, arbitrou a quantia correspondente a 01 (hum) salário mínimo a ser paga mensalmente pelo mesmo a título de alimentos provisórios aos seus filhos menores G.T.X. e M.T.X.

Com a proemial vieram aos autos os documentos de fls. 06/22.

Contraminuta pelos agravados às fls. 30/32, em evidente infirmação das razões articuladas, pugnando-se pela manutenção da decisão hostilizada.

Vertidos os autos à Procuradoria de Justiça, esta se manifestou às fls. 34/37, arguindo o não-conhecimento do recurso.

Sendo este, em apertada síntese, o relatório, passo a proferir o meu voto.

Preliminar.

Aduz o Órgão Ministerial que o presente recurso não deve, sequer, ser conhecido, ao passo que o agravante não cumpriu com fidelidade o disposto no art. 525, I, CPC, já que não trouxe aos autos cópia da procuração outorgada ao advogado que

patrocina os interesses dos agravados e nem mesmo a certidão de intimação da decisão guerreada.

Ocorre, porém, que, ao compulsar os autos, verifiquei que os recorridos estão sendo representados em juízo pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e, a teor do previsto no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50,

o instrumento de mandato não será exigido quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido, na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita.

Amparando esta posição, tenha-se o seguinte precedente da lavra do hoje Des. Wander Marotta, quando ainda integrava as fileiras do TAMG, no julgamento do Agravo nº 287.219-5/01, da Comarca de Juiz de Fora/MG, assim ementado:

Representação - Defensor público - Atuação nos autos sem procuração - Possibilidade.

Assim, se os agravados estão representados pela Defensoria Pública, não há que se exigir a juntada aos autos do instrumento de procuração outorgado pelos mesmos àqueles que o representam em juízo, mesmo porque este inexistia.

Este, aliás, é o entendimento adotado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AGA 192.164/MS, por sua 6ª Turma, relator o Ministro Vicente Leal, quando assentou que:

se aos defensores públicos é assegurado atuar em juízo sem a necessidade de juntar aos autos o instrumento de procuração, impõe-se a reforma da decisão que não conheceu de agravo deficientemente instruído.

No mesmo sentido já decidiu o TJDF:

Processual Civil - Gratuidade de justiça - Requisito - Simples declaração do interessado - Procuração - Desnecessidade - Amparo da defensoria pública. - I - Para que o jurisdicionado obtenha os benefícios da gratuidade de justiça, necessariamente simples afirmação, mesmo na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei nº 1.060/50, art. 4º). Jurisprudência do STF e do STJ. - II - Quando a parte estiver sob o patrocínio da defensoria pública não há obrigatoriedade de apresentação de procuração, ex vi do art. 16, parágrafo único, da Lei 1.060/50 (Ag. Instr. 1999020016313AGI DF, 3º T. Cível, *Diário da Justiça do DF*, 23.02.2000, p. 18, Rel. Des. Wellington Medeiros).

Por outro lado, embora, realmente, não tenha feito o agravante acompanhar a inicial a certidão de intimação da decisão agravada que, no caso em apreço, seria o termo de juntada aos autos do mandado por meio do qual ela se deu, cingindo-se a trazer cópia do mencionado mandado (fls. 08/09), pode-se verificar pela própria data de expedição daquele, qual seja, 04 de outubro de 2002, que o agravo de instrumento protocolizado no dia 15 de outubro de 2002 é tempestivo, daí porque, considerando que a finalidade da certidão de intimação da decisão agravada não é outra senão a de permitir a aferição da tempestividade do recurso, tenho que a sobredita ausência em nada prejudicou a quem quer que seja, não sendo, assim, causa para o não-conhecimento do recurso.

Diante dessas razões, rejeito a preliminar erigida pela Procuradoria de Justiça, e, via de consequência, por entender presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Mérito.

Passemos, assim, à análise das razões de mérito do recurso em voga onde, em síntese, aduz o recorrente não ter condições de arcar com o pagamento dos alimentos provisionais na importância fixada, postulando seja a mesma reduzida para 1/3 do salário mínimo vigente.

Em que pese a argumentação do agravante, tenho que razão não lhe assiste em seu inconformismo.

Com o advento da Lei nº 9.139, de 30.11.95, que alterou radicalmente o rito do agravo de instrumento em nosso direito positivo, o legislador adotou um procedimento célere e apertado, onde inexistia outra fase instrutória diferente daquela atribuída às partes quando da apresentação de suas razões. Vale dizer, neste novo agravo, compete aos litigantes fazer prova de suas alegações no momento em que estas são apresentadas, haja vista que não mais terão oportunidade para tanto, dada a estreiteza do rito adotado.

Colha-se, a propósito, o magistério da Profª TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que, citando Eduardo Talamini (in *RePro* 80/125-147), em sua obra *Os Agravos no CPC Brasileiro*, à p. 171, assevera que:

Esse (agravo de instrumento) passa ser diretamente interposto perante o órgão *ad quem*, cabendo ao próprio agravante instruí-lo com as peças obrigatórias e as que considera necessárias para o conhecimento e solução da questão; ônus análogo é atribuído

ao agravado (arts. 524, 525 e 527, III, e parágrafo único). Com essa alteração não desaparece um dos já apontados óbices à oralidade: o curso simultâneo do procedimento. (Grifamos.)

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por sua vez, na obra *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 282, ao fazer uma análise da nova estrutura recursal do recurso de agravo de instrumento, distinguindo-o do sistema anterior, em que as partes apenas apontavam ou declinavam quais as peças a serem trasladadas, observa o seguinte:

A ampliação do prazo para agravar corresponderá a instituição de um grave ônus a cargo do agravante, que é a formação do instrumento de agravo por seus próprios meios e iniciativa, em contraste com o modo como até agora se faz. Nada requererá a juiz algum, nem ficará ao cartório qualquer encargo ou dever - salvo, naturalmente, o de fornecer cópias autenticadas, quando solicitadas. Mesmo no tocante às peças essenciais a serem incluídas no instrumento, tudo competirá exclusivamente ao agravante.

Pois bem, em sendo assim, força é convir que o agravante não se desincumbiu de seu ônus de provar o teor de suas alegações, uma vez que nem mesmo sequer trouxe aos autos qualquer documento que comprove sua real condição financeira, o que nos leva à inapelável conclusão de que os documentos que instruem os autos são insuficientes para que se atenda o seu intento nestes autos, qual seja, o de que seja reduzida a pensão provisória fixada.

Noutro giro, cumpre salientar ser sabido que não há na lei um critério rígido para a fixação dos alimentos, cabendo ao magistrado, nesta ocasião, levar em consideração o binômio necessidade/possibilidade previsto nos arts. 399 e 400, ambos do Código Civil.

Nesse sentido, colha-se interessante lição do magistrado e doutrinador mineiro JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE, para quem:

não se pode delimitar, previamente e em caráter geral, um mínimo e um máximo, no tocante às parcelas que devam ser atendidas na prestação de alimentos pela pessoa obrigada. Elas variam segundo as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentário (in *Prática das Ações de Alimentos*, 1ª ed., Forense, 1984, p. 03).

No caso em apreço, a meu modesto sentir, o valor de 01 (hum) salário mínimo arbitrado em 1º Grau mostra-se escorrido, à medida que bem se encaixa dentro dos parâmetros a serem observados para se fixar o valor dos alimentos provisórios, especialmente se considerarmos que são dois os alimentandos, daí

porque, penso, ao menos por enquanto, deve o mesmo ser mantido.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade das mesmas, eis que lhe

defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita, conforme requerido.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

SERVIDOR - CONTRATAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO - EC Nº 49/01 - EFETIVAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO INCISO II DO ART. 37 DA CF/88 - CONTRATOS TEMPORÁRIOS - ARTS. 105 E 106 DO ADCT DA CE/MG - INCONSTITUCIONALIDADE

- Ainda que a forma de efetivação de servidores estipulada pelos arts. 105 e 106 do ADCT, com a redação que lhes deu a EC nº 49/01, não fosse flagrantemente inconstitucional por afronta ao requisito do concurso público imposto pelo inciso II do art. 37 da Constituição da República, os servidores contratados por prazo determinado, a título precário, em função de excepcional necessidade do serviço público, não poderiam ser beneficiados pela efetivação, em face da literal redação dos mencionados dispositivos constitucionais, que contemplam apenas os servidores contratados por prazo indeterminado.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 328.377-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Constitucional - Professoras designadas - Contratos temporários - Renovações sucessivas - Arts. 105 e 106, do ADCT, da CE/MG - EC nº 49/2001 - Inconstitucionalidade. - É inconstitucional, frente ao art. 37, II, da Constituição Federal, a norma constitucional estadual que confere estabilidade a servidores públicos contratados por tempo indeterminado, independentemente de concurso público. Não se equiparam as situações dos servidores contratados por tempo indeterminado com aquela dos temporários, contratados em função de necessidade momentânea de excepcional interesse público.

Acórdão

Vistos etc., acorda o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2003. - Edivaldo George - Relator.

Notas taquigráficas

Sr. Des. Edivaldo George - Cuida-se de mandado de segurança de competência originária, com

pedido de liminar, impetrado por Ângela Maria Soares da Costa, Francisca Martins das Neves, Maria Edméa de Oliveira, Maria Edméa Rodrigues da Silva e Noeme Azevedo Campos, todas professoras contratadas como designadas pelo Estado de Minas Gerais, contra ato dito abusivo do Sr. Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, consubstanciado em não decidir acerca de seus pedidos de efetivação nos quadros do funcionalismo estadual, conforme entendem que determina a Emenda Constitucional Estadual nº 49 c/c a Lei Estadual nº 10.254/90.

O Exmo. Sr. Secretário de Planejamento e Gestão do Estado, nas suas informações, alegou, em síntese, que é impossível a nomeação das impetrantes para cargo público efetivo, em função da diferença das figuras administrativas da contratação e da admissão; que é inconstitucional o art. 106, da Constituição Estadual; que a pretendida efetivação ofende a Constituição Federal, devendo, pois, ser denegada a ordem rogada.

Analisando as teses expostas nos presentes autos, chego à conclusão que a segurança merece ser denegada:

A Emenda Constitucional Estadual nº 49/2001 introduziu os arts. 105 e 106 ao ADCT da Carta Política Mineira, preceituando, *in verbis*:

Art. 105. Ao detentor de função pública da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas admitido por prazo indeterminado até 1º de agosto de 1990 são assegurados os direitos, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluída a estabilidade, salvo aquela adquirida nos termos do art. 41 da Constituição da República e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição.

Art. 106. Passam a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual, em cargo correspondente à função pública de que sejam detentores, os seguintes servidores admitidos por prazo indeterminado:

I - o detentor de função pública admitido até a data da promulgação da Constituição da República de 1988;

II - o detentor de função pública admitido no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 1º de agosto de 1990, data da instituição do regime jurídico único no Estado.

Como se vê, o referido dispositivo legal concedeu ao detentor de função pública, admitido por prazo indeterminado em data anterior a 1º de agosto de 1990, o direito de integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual.

Contudo, de plano, já sepulta a pretensão das impetrantes a inconstitucionalidade da referida norma, eis que afasta a exigência de concurso público, em flagrante afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. Omissis

I - (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A presente declaração é feita em função do controle difuso ou por exceção, cabível em qualquer ação, produzindo efeito, contudo, somente no seu âmbito.

Como é cediço, a estabilidade no serviço público é restrita aos servidores, na forma disciplinada pelo art. 41, da Carta Magna, só podendo ocorrer sua demissão dentro das limitadas hipóteses legais. Por sua vez, a efetivação refere-se ao cargo público e sua respectiva forma de investidura, que só deve ocorrer na forma do citado art. 37, II, da CF/88, salvo

as exceções que a própria Carta Política contempla, nas quais não se inserem as impetrantes.

Cito a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO sobre condições de ingresso no serviço público, pelo seu relevo e adequação ao caso em tela:

Uma dúvida que pode ensejar a norma do artigo 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de concurso público apenas para cargo ou emprego público, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (1989:571), comentando esse preceito, diz que 'deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados'.

Permitindo-nos discordar do jurista por entendermos que função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados 'por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público', nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração. Pelo inciso V, na nova redação, essas funções de confiança somente são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Já na vigência da Constituição anterior, a admissão só era possível para serviços temporários, com base em seu artigo 106, e hoje continua apenas nessas hipóteses, agora mais restringida pela excepcionalidade do interesse público e pela exigência de contratação por tempo determinado (*in Direito Administrativo*, 14ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2002, p. 442/443).

Sobre estabilidade no serviço público, disciplina a insigne autora:

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias) (obra citada, p. 479).

Os cargos almejados pelas impetrantes não são temporários e nem se inserem naquelas hipóteses

de excepcional necessidade ou interesse público que autorizam a contratação temporária.

Ainda que as impetrantes tenham prestado serviços de forma ininterrupta, através de sucessivas contratações, não podem se furtar ao requisito imposto pelo inciso II, do art. 37, da Constituição da República, a não ser que se enquadrassem na hipótese versada no art. 19 do ADCT, o que não se vislumbra na espécie. Dessa forma, a lei ou dispositivo constitucional estadual que estipula forma diversa de efetivação é flagrantemente inconstitucional, não podendo subsistir. O seguinte aresto, proferido no âmbito do Excelso Pretório, bem se amolda ao caso vertente:

Ementa: Investidura em cargo público efetivo. Necessidade de concurso público. Estabilidade excepcional e efetividade. Precedentes. - 1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, artigo 37, II). Precedentes: RE 179.530-SC, Ilmar Galvão (DJ de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (DJ de 20.4.01), *inter pluris*. - 2. A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT/88 não implica efetividade no cargo, para o qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (DJ de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (DJ de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (DJ de 15.09.95). - 3. Medida Cautelar deferida para suspender a vigência dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação dada aos §§ 3º, 4º e 6º, pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte, até julgamento final da ação (STF: ADI nº 2.433 MC/RN, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.01).

Ademais, mesmo que se afastasse a inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional nº 49/2001, analisando a literal redação do dispositivo constitucional em comento, vê-se que o mesmo contempla a situação dos servidores contratados por prazo indeterminado, enquanto as impetrantes foram designadas através de contratos por prazo determinado, a título precário, em função de excepcional necessidade do serviço público.

Assim sendo, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia, em decorrência da evidente diversidade de situações entre os servidores contratados por prazo indeterminado e aqueles designados, em virtude de contratos temporários e precários.

Da mesma forma, como dito alhures, a situação das impetrantes não está inserida na previsão de estabilidade excepcional, inclusa no art. 19 do ADCT.

Pela pertinência dos fundamentos expostos e por bem sintetizar todo o pensamento articulado no presente voto, peço vênha para citar parte do parecer ministerial, colacionado às fls. 179/183, dos presentes autos:

A despeito da discussão que se possa travar acerca da constitucionalidade da Emenda Constitucional Estadual nº 49/01, estamos que as impetrantes não foram atingidas pelos reflexos da mesma emanados, justamente por não se enquadrarem nas hipóteses nela contempladas.

E concluiu, dizendo:

Outrossim, o fato de terem sido efetuadas muitas e sucessivas contratações, de forma praticamente ininterrupta, não tem o condão, *permissa venia*, de alterar o vínculo empregatício estabelecido, a cada contratação, entre a Administração e as impetrantes, de sorte a podermos considerar a designação por prazo indeterminado, pois o prazo sempre foi determinado, não se prorrogando, tanto assim que expirado o prazo da contratação anterior, nova contratação e designação se faziam necessárias, ainda que não houvesse quebra na continuidade da prestação de serviços, o que, todavia, nem sempre se deu.

Especificamente sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 49/01, pontifico:

Como se assim não bastasse, eivada de indiscutível inconstitucionalidade se apresenta a EC nº 49/01, ao criar uma nova forma de investidura em cargos públicos, promovendo a efetivação de servidores que ingressaram no serviço público por meio outro, que não a regular aprovação em concurso público, burlando, assim, não apenas o texto expresso da Lei Maior (art. 37, II), como também os ditames da própria Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 21, § 1º), pelo que, realmente, nenhum servidor, muito menos as impetrantes, poderia ser beneficiado pelos efeitos da aludida Emenda.

Julgando recursos em questões similares à presente, este egrégio Tribunal se posicionou no seguinte sentido:

Ementa: Mandado de segurança - Autoridade coatora - Pedido de efetivação - Arts. 105 e 106 do ADCT da CEMG - Inconstitucionalidade declarada incidentalmente.

- Para efeito de mandato de segurança, autoridade coatora é aquela que pratica o ato violador de direito ou nega reconhecimento a direito invocado.

- Os arts. 105 e 106, acrescentados ao ADCT da Constituição Mineira pela Emenda Constitucional nº 49, de 13.06.2001, padecem do vício de inconstitucionalidade, declarada incidentalmente, por contrariarem o art. 37 e ampliarem indevidamente o disposto no art. 19 da Constituição Federal. Direito a efetivação de servidores 'designados' reconhecido em mandato de segurança, mas cassado no reexame necessário. (TJMG, Ap. Cível nº 302.730-7, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque, v.u., DJ de 03.05.2003).

Ementa: Mandado de segurança. Pretensão à efetivação no serviço público. Servidores da Secretaria de Educação, designados a título precário, por prazo determinado. Invocação de direito consubstanciado na Emenda Constitucional à Carta Mineira nº 49/2001. Inconstitucionalidade à luz da Constituição da República. Ausência, ademais, dos requisitos constantes da benesse emendada, relativamente à natureza da contratação administrativa. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Segurança denegada. Apelação improvida. (TJMG, Ap. Cível nº 317.550/2, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. José Francisco Bueno, v.u., DJ de 11.04.2003).

E ainda:

Ementa: Processo Civil. Suspensão. - Não configura hipótese de suspensão do processo por prejudicialidade (art. 165, IV, a, do Código de Processo Civil) a existência de ação direta de inconstitucionalidade em que se discute a mesma tese jurídica de inconstitucionalidade que no caso concreto, uma vez que a prejudicialidade é entre questões - controvérsias sobre aplicação de norma jurídica a fato -, e não entre teses jurídicas, e na ação direta de inconstitucionalidade não se apreciam fatos, mas apenas conformidade em tese com a Constituição. O julgador deve examinar a razoabilidade da suspensão do processo, por meio de um juízo prévio de probabilidade: se for muito provável que o prazo máximo de suspensão estabelecido no art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil seja ultrapassado, acarretando o fim da suspensão, ela não deve ser decretada. - Efetivação de servidores contratados sem concurso. - O art. 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual é inconstitucional por violar o art. 37, II, da Constituição. (TJMG, Ap. Cível nº 290.095-9, 5ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Maria Elza, v.u., DJ de 14.03.2003).

Ausente, pois, o direito líquido e certo alegado. E por tal direito, entende-se aquele que deflui de fatos incontroversos e, como tais, somente são havidos aqueles que se demonstram previamente e sem sombra de dúvidas, por meio de prova documental. Dando guarida a tal afirmativa, cito o conceito formulado pelo saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandato de segurança, há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Editora Revista dos Tribunais, 16ª edição, São Paulo, 1995, p. 12).

Com tais considerações, por não vislumbra a presença do indispensável direito líquido e certo das impetrantes, inviável a concessão da ordem pretendida.

Ex positis, denego a segurança rogada.

Deixo de arbitrar honorários em consonância com as Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - Após analisar com a devida acuidade todos os elementos de informações constantes do processo, cheguei à mesma conclusão do em. Desembargador Relator.

É que, constatados indícios de irregularidades e fraude na realização de concurso público para provimento de cargo de ajudante de serviços gerais, afigura-se legal o ato administrativo que revoga a homologação do concurso.

Isto porque a Administração, por motivo de conveniência e oportunidade, pode revogar seus próprios atos, momento quando evitados de vícios que os tornam ilegais (Súmula nº 473/STF), não havendo, portanto, que se falar em violação de direito líquido e certo a ser amparado pela ação mandamental.

Com essas considerações, acompanho o em. Desembargador Relator para rejeitar as preliminares e denegar a segurança.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Wander Marotta, Sérgio Braga, Pinheiro Lago, Roney Oliveira e Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Sr. Presidente. Estou denegando a segurança, mas com fundamento diverso.

O objeto desta segurança não é outro senão pretender a equiparação de professoras contratadas

por tempo determinado àqueles servidores públicos contratados por tempo indeterminado, porque entendem as impetrantes que o interregno de um mês de férias, tão-somente entre um contrato e outro, não produz ou provoca uma solução de continuidade a um contrato por tempo indeterminado. Este é o cerne da impetração.

Com esse esclarecimento, fazendo uma pesquisa a respeito do assunto, verifiquei, no Recurso Extraordinário nº 162.039-5, oriundo de São Paulo, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, que, vazado no seguinte acórdão, ele admite, neste caso, a natureza de contrato por tempo indeterminado. O acórdão é o seguinte:

Estabilidade - Servidores não concursados - Tempo de serviço - Caráter continuado - Alcanço do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. - Descabe ter como conflitante com o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, provimento judicial em que se reconhece a estabilidade em hipótese na qual professor, antes do 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.

Ainda em pesquisa, constatei, no julgamento da Apelação Cível nº 294.667-1, da Comarca de Belo Horizonte, julgamento realizado perante este Tribunal e relatado pelo Des. Geraldo Augusto, em que S. Exª, também acompanhado por seus Pares da Turma de Julgamento, concedeu parcialmente a segurança, assegurando às impetrantes todos os direitos, vantagens e concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluídas, tão-somente, aque-

las adquiridas nos termos do art. 41 da Constituição da República e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição. Julgamento que teve como base o art. 105 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Mineira com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 49/2001.

Prosseguindo na pesquisa, encontrei o julgamento de um recurso de apelação, também perante este Tribunal relatado pelo eminente Des. Sérgio Braga: Apelação Cível de nº 288.217-3, da Comarca de Belo Horizonte, no qual S. Exª, nega provimento ao apelo, recusando a tese das impetrantes do mandado ora em julgamento. Essas assertivas por mim trazidas têm a finalidade de dizer que demonstrada se encontra a contrariedade da matéria posta em julgamento neste *mandamus*.

E é cediço que o direito alegado, como líquido e certo, não sendo incontestado, não pode ser discutido no âmbito estreito do mandado de segurança.

É por isso que estou a denegar a ordem, porque entendo que o direito que as impetrantes pretendem não se encontra cristalino, visível e palpável e extremo de qualquer discussão.

É como voto.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Pedro Henrique - De acordo com o Relator.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA, À UNANIMIDADE.

SERVIDOR - FUNÇÃO PÚBLICA - VÍNCULO PRECÁRIO - TRANSFORMAÇÃO EM CARGO EFETIVO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 106, ACRESCIDO AO ADCT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PELA EC Nº 49/01 - OFENSA AO ART. 37, II, DA CF - ATOS ADMINISTRATIVOS - CONSONÂNCIA COM A REGRA JURÍDICA E COM OS PRINCÍPIOS DO ARCABOUÇO NORMATIVO - NECESSIDADE

- Não basta que os atos administrativos estejam em consonância com a regra jurídica; é necessário que haja sua conformidade com o arcabouço normativo, em que se destacam a moralidade e a impessoalidade.

- O comando do art. 106, acrescentado ao ADCT da Constituição Estadual pela EC nº 49/01, que transforma as funções de que são detentores os servidores admitidos por prazo indeterminado em cargos efetivos, para serem providos pelos próprios detentores das anteriores funções, fere o art. 37, II, da CF/88, que torna obrigatória a realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos, devendo-se levar em conta ainda as competências reservadas constitucionalmente para a criação de cargos públicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.106-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

EMENTA oficial: Mandado de segurança - Função pública - Emenda Constitucional Estadual nº 49/2001 - Efetivação - Vínculo precário - Impossibilidade. - O comando do art. 106 acrescentado ao ADCT da Constituição do Estado pela EC nº 49/01, fere o artigo 37, II, da Constituição da República, que torna obrigatória a realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos, na medida em que transforma funções em cargos, provendo-os com os próprios detentores das anteriores funções, havendo que se levar em conta ainda as competências reservadas constitucionalmente para a criação de cargos públicos. Rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio 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 4ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Capital que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Vanda Aparecida dos Santos Silva, Rita de Cássia Esteves Gonçalves, Ana Creuza de Souza, Fátima Donizetti de Paula Henrique, Elza Graça Silva, Marli Irene Albo Souza, Miriam Aparecida Marques Tauil, Cristiane Ciarallo, Maria Aparecida de Carvalho, Marcia Aparecida Ferreira Bini contra a Diretora de Direitos e Vantagens da Secretaria de Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais, denegou a segurança pleiteada.

Arguem os apelantes, preliminarmente, a ausência de prestação jurisdicional consubstanciada na rejeição dos embargos declaratórios opostos, deixando de discutir as matérias prequestionadas.

No mérito, reiteram suas razões iniciais, aduzindo que exercem função pública para o Estado de Minas Gerais, lotadas na Secretaria de Estado da Educação. Afirmam serem chamadas de "designados" pelo órgão estadual, pois foram admitidas mediante contratos temporários, por prazo determinado, os quais foram renovados sucessivamente, por

longos anos, sem qualquer interrupção, adquirindo caráter indeterminado, nos termos do artigo 445 da CLT.

Pretendem ver protegido o direito à efetivação assegurado pela Emenda Constitucional nº 49 e a teor do disposto no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 10 da Lei nº 10.254/90.

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

Afasto, inicialmente, a alegação de ausência de prestação jurisdicional, eis que a matéria suscitada foi apreciada em sua totalidade pelo MM. Juiz de primeira instância, não havendo qualquer omissão ou contrariedade em seu julgamento.

Assim, rejeito a prefacial.

Quanto ao mérito, a matéria submetida à análise se consubstancia na interpretação e aplicação dos dispositivos a seguir transcritos, acrescentados à Constituição do Estado pela Emenda Constitucional nº 49/01, que tratam da função pública:

Art. 11. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica acrescido dos seguintes arts. 103 a 109:

(...)

Art. 105. Ao detentor de função pública da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas admitido por prazo indeterminado até primeiro de agosto de 1990 são assegurados os direitos, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluída a estabilidade, salvo aquela adquirida nos termos do art. 41 da Constituição da República e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição.

Art. 106. Passam a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual, em cargo correspondente à função pública de que sejam detentores, os seguintes servidores admitidos por prazo indeterminado:

I - o detentor de função pública admitido até a data da promulgação da Constituição da República de 1988;

II - o detentor de função pública admitido no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 1º de agosto de 1990, data da instituição do Regime Jurídico Único no Estado.

Art. 107. O disposto nos artigos 105 e 106 aplica-se ao servidor readmitido no serviço público por força do art. 40 da Lei nº 10.961, de 14 de dezembro de 1992.

Ao que se vê dos dispositivos constitucionais supratranscritos, portanto, pode-se afirmar que a questão sob análise diz respeito à possibilidade de se conferirem, aos detentores de função pública da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas admitidos por prazo indeterminado até primeiro de agosto de 1990, os direitos, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluída a estabilidade, bem como o cabimento da transformação das funções por eles ocupadas em cargos públicos integrantes do quadro efetivo de pessoal da Administração Pública estadual.

Como cediço, a função pública possui individualidade própria definida em lei sem que lhe corresponda um cargo ou emprego, ou seja, é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego públicos.

Antes da atual Constituição, a função pública era exercida pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compunham um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos. Essas funções possuíam a mesma denominação, remuneração e atribuição dos cargos correspondentes, sendo, porém de livre provimento e exoneração, não conferindo qualquer estabilidade àqueles que as exerciam, configurando uma forma de se contornar as exigência constitucional para a investidura em cargo público.

A Constituição de 1967 restringiu a sua existência apenas para a admissão de servidores em serviço de caráter temporário, e a Constituição de 1988 possibilitou a sua utilização, exclusivamente nos contratos por prazo determinado, em caráter transitório e excepcional.

Observa-se, portanto, que a intenção do legislador constituinte, ao elaborar a Emenda Constitucional Estadual nº 49/2001, foi a de regularizar a situação dos servidores de função pública contratados por tempo indeterminado através de entidade estatal, regidos pela CLT para trabalhar junto à administração direta ou indireta, absorvidos pelo Estado após a instituição do Regime Jurídico Único.

Na hipótese dos autos, os apelan-tes foram contratados sob a égide do disposto no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que admite a contratação de mão-de-obra sem submissão ao concurso público, por tempo determinado, para atender ao interesse da Administração.

Neste particular, vale lembrar que as prorrogações sucessivas dos pactos em períodos ulteriores não possui o condão de descaracterizar a determinação dos contratos celebrados.

Assim, as recorrentes não se encontram asseguradas pela referida norma legal, pois o mencionado artigo em seu *caput* regulamenta de forma expressa o "servidor admitido por prazo indeterminado", que não é o caso, pois, como já dito, as apelan-tes foram contratadas por tempo determinado.

Por outro lado, preceitua o art. 37, *caput* e inciso II, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência e que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Portanto, não basta que os atos administrativos estejam em consonância com a regra jurídica, é necessário que haja sua conformidade também com os princípios que compõem o arcabouço normativo, em que se destacam a moralidade e a impessoalidade.

No que toca à investidura em cargos públicos, anote-se que:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF (HELY LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª Edição: Malheiros, p. 396).

Ademais, vale ressaltar que fora intentada, perante o STF, ação direta de inconstitucionalidade, a qual recebeu o número 2.578-3, visando questionar os dispositivos acrescidos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Mineira, através da EC nº 49/01. Referida ação, distribuída ao Ministro Celso de Mello aos 29 de novembro de 2001, encontra-se no aguardo de decisão liminar.

Dessa forma, somada a existência da mencionada ADIN com as razões supradelinhas, tenho que a sentença deve ser confirmada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelas apelan-tes, cuja exigibilidade se encontra suspensa nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, por litigarem sob os auspícios da justiça gratuita.

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

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90) - VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES - AUTO DE INFRAÇÃO - REINCIDÊNCIA - MULTA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PROVAS SUFICIENTES PARA O DESATE DA CONTROVÉRSIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- O juiz é o destinatário da prova produzida nos autos, competindo-lhe avaliar a conveniência e a necessidade ou não da realização de provas, indeferindo as protelatórias ou imprestáveis. Assim, estando ele convencido da inutilidade de produção de mais provas, quando o processo já contém os elementos probatórios suficientes para o desate da controvérsia, o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa.

- Tratando-se de procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, o art. 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente não impõe a obrigatoriedade da assinatura de testemunhas no auto de infração, prescrevendo referida norma que se colha a assinatura de testemunhas, se possível. Portanto, a assinatura do auto de infração por outros comissários como testemunhas constitui um *quid abundat non nocet*, um demais que não prejudica, não gerando nulidade.

- Constatada a venda de bebida alcoólica a menores de 18 anos, sendo o estabelecimento reincidente, correta é a sentença que, em procedimento de apuração de infração administrativa, condena-o ao pagamento do dobro da multa prevista no art. 249 da Lei nº 8.069/90 (ECA).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.573-9/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Auto de infração - Venda de bebida a menores - Defesa - Condenação da infratora - Recurso. - É de ser mantida sentença que, em procedimento de apuração de infração administrativa, condena a boate infratora ao pagamento de seis salários mínimos, como reincidente. Sentença confirmada.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Os fundamentos de fato e de direito, colocados no recurso e retratados no relatório, que fica fazendo parte integrante do presente voto, não estão a autorizar o provimento do recurso.

Levanta a apelante, em suas razões, a preliminar de nulidade do procedimento por cerceamento do direito de defesa, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não lhe assiste razão.

Ora, o juiz é o destinatário da prova produzida nos autos e, assim, pode ele julgar antecipadamente

a causa, se convencido está da inutilidade de produção de mais provas, quando o processo já contém os elementos de prova necessários para o desate da lide.

Bem lembrada pela Procuradoria de Justiça a doutrina do Des. ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando acentua que:

ao juiz compete avaliar a conveniência e a necessidade ou não da realização das provas requeridas, indeferindo as protelatórias ou imprastáveis à finalidade pretendida (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* - Malheiros - Editores - p. 567).

Na jurisprudência, também se lê que:

constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia (STJ-Ag. 14.952-DF: AgRg, in DJU de 3.2.92).

Rejeito, pois, a preliminar.

Levanta ainda a apelante, em suas razões, a preliminar de nulidade do auto de infração, porque assinado também por comissários como testemunhas e porque a autuação foi feita na pessoa de Paulo Daiber Guimarães Andrade, que não mantinha qualquer vinculação com a apelante.

Ainda aí, não lhe assiste razão.

A uma, porque o art. 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente sequer impõe, obrigatoriamente, a assinatura de testemunhas no auto de infração, tanto assim que a referida norma afirma que se colha a assinatura de testemunhas, se possível.

Ora, se não exige a norma obrigatoriamente a assinatura de testemunha, no auto de infração, a assinatura do auto por outros comissários é um *quid abundat non nocet*, isto é, um demais que não prejudica.

A duas, porque, a despeito da alegação da apelante quanto a Paulo Daiber Guimarães Andrade, o certo é que este se apresentou, por ocasião da

lavratura do auto de infração como responsável pelo local, como se vê do auto de infração de fls. 3-TJ, não vingando, assim, a tese da apelante de que nenhuma era a vinculação de Paulo Daiber com a apelante, quando o auto de infração de fls. 3-TJ, não deixa dúvida sobre sua presença, constando ali como responsável.

Rejeito, assim, tal preliminar.

Quanto ao mérito, não vinga a tese da apelante de que, nos arts. 245 a 258, não consta, entre as infrações, a venda de bebida alcoólica, esquecendo-se, porém, do disposto no art. 81, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz ser "proibida a venda a criança ou ao adolescente de: II - bebidas alcoólicas".

O auto de infração de fls. 3-TJ é claro no sentido da permanência de vários menores de dezoito anos, no Parque Armando Costa, onde funcionava a Boate Café Cowboy, que servia bebida aos referidos menores, constando, no verso do auto de infração, o nome dos referidos menores.

Eis aí a prova material da ocorrência da infração, a justificar o procedimento da infração administrativa, na qual veio a apelante a ser condenada ao pagamento de multa pela infração ocorrida, sendo certo que nenhum dos referidos menores autuados era portador de alvará judicial, valendo observar que consta no auto de infração ser a apelante reincidente, o que justifica a condenação da apelante no dobro da multa estabelecida no art. 249 do ECA, assim como no § 3º do art. 9º da Portaria nº 001/2000, de fls. 15 a 30-TJ.

Com esses fundamentos, mantenho a sentença recorrida e nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Aluizio Quintão - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - PRAZO PRESCRICIONAL - COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO - OUTORGA UXÓRIA - DESNECESSIDADE - AÇÕES ANTERIORES - AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - IRREGULARIDADE - INOCORRÊNCIA

- Na ação de cobrança de indenização por desapropriação indireta, que é pessoal e não envolve direito real, deve ser afastada a alegação de ausência de outorga uxória.

- A ausência de prova do pagamento de custas e honorários, em ações anteriormente ajuizadas por autor que se encontrava amparado pelo pálio da assistência judiciária, não constitui irregularidade.

- A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos, conforme se depreende da Súmula nº 119/STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.757-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

Acórdão

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

Belo Horizonte, 07 de abril de 2003. - *Emane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Emane Fidélis* - Conforme se atesta pela análise dos autos, de fato houve uma afetação de parte da propriedade pertencente ao autor, configurando uma desapropriação indireta do bem, razão pela qual se evidencia o dever de indenizar do Poder Público municipal.

In casu, a litispendência suscitada não tem o condão de afastar o direito do autor, eis que não foi comprovada a existência de processos em andamento. Ademais, verifica-se que o Processo nº 024.93.078.612-4, considerado em tramitação, foi extinto sem julgamento do mérito, conforme cópia da sentença às fls. 392/393, transitada em julgado em 14.04.00 (fls. 411 e 424).

Referentemente à ausência de outorga uxória, saliento que a presente ação é pessoal, de cobrança, e não de direito real, motivo pelo qual afasto tal alegação.

A suposta irregularidade da ausência de prova do pagamento das custas e honorários nas ações anteriormente ajuizadas pelo autor não merece prosperar, pois o mesmo se encontra e se encontrava sob o pálio da assistência judiciária.

Quanto à ilegitimidade para agir do autor, primeiramente registro que se trata de questão de mérito e, especialmente, que há prova nos autos de que o mesmo é proprietário de 50% do imóvel (fls. 269).

Na hipótese dos autos, não há que se falar em prescrição, tendo em vista que, na chamada desapropriação indireta, a perda do direito de ação se dá

como no caso de aquisição por usucapião, já que a reivindicação do imóvel poderá ser proposta, sendo a indenização apenas sucedânea da opção do proprietário, desejando ser indenizado. Ademais, conforme entendimento sedimentado e sumulado no colendo STJ, a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos (Súmula nº 119/STJ, datada de 08.11.94). Não se aplica, in casu, direito superveniente.

Quanto à pretensão do Município de se declarar desapropriada área a mais, registro que a r. sentença de primeiro grau, na verdade, equivocadamente declarou o que deveria ficar apenas na motivação do *decisum*, já que a presente ação foi proposta não para reconhecimento de propriedade, e sim para indenizar-se o que se perdeu.

No que concerne à quantia a ser indenizada, entendo ser aquela correspondente à metade do valor do imóvel, apontado pelo laudo pericial datado de 17.12.1997, devidamente corrigido, com acréscimo de juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação. Não cabem aqui os juros compensatórios, já que se cuida de ação ordinária.

A defesa do autor, através da qual requer ser indenizado pelo valor integral do imóvel, não procede, pois a ele pertence apenas a metade da área deste.

O pedido de multa de 50% não tem fundamento de juízo.

Feitas essas considerações, reformo parcialmente a r. sentença recorrida, confirmando o valor de R\$22.350,00 (vinte e dois mil, trezentos e cinquenta reais), a ser pago pelo Município de Belo Horizonte ao autor, corrigido monetariamente, desde o laudo de avaliação, acrescido de juros legais de 6% ao ano, a partir da citação.

É o meu voto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

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

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA- CONTRATO DE COMODATO - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - ATO NULO

- É ilegal o contrato firmado entre o município e o particular, seja de permissão de uso de bem público, seja de comodato, se não houve a devida autorização legislativa, conforme previsão na lei local, nem teve como motivação o interesse público, devendo, portanto, ser confirmada a sentença que o declarou nulo.

- Declarado nulo o contrato de comodato, os direitos sobre o bem imóvel são automaticamente restituídos ao município-contratante, tornando inexistente o título que ampara a posse do contratado. Deve, assim, ser determinada a sua imediata desocupação, uma vez que extintos todos os direitos advindos do referido contrato.

- O prefeito que celebra contrato de comodato com particular sem autorização legislativa comete ato de improbidade administrativa, ainda que não tenha ocorrido lesão ao erário. Neste caso, o ato deve ser capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, para o qual são cominadas as penalidades do art. 12, inciso III, da referida lei. Isso porque, embora não tenha ele causado prejuízo aos cofres públicos, infringiu os princípios da Administração Pública, entre os quais se encontra o da legalidade, o que afasta a hipótese de ressarcimento, mas não a aplicação de outras penas com vistas a moralizar a atividade administrativa, nos termos do art. 21, I, da mesma Lei nº 8.429/92.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.661-2/00 - Comarca de Santa Luzia - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Ação civil pública - Contrato de comodato - Ausência de autorização legislativa - Ato nulo - Ato de improbidade - Ofensa ao princípio da legalidade. - "Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*" (Hely Lopes Meirelles). "O art. 21, inciso I, da Lei nº 8.429/92 estatui que a aplicação das sanções previstas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público". "Os comportamentos que atentarem contra os princípios da administração pública merecem também ser punidos". "O objetivo do legislador foi permitir a punição dos agentes públicos que, embora não se tenham enriquecido ilícitamente nem tenham causado prejuízo ao erário, infringiram os princípios constitucionais da moralidade, legalidade e honestidade".

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 AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2003. - Alvim Soares - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Perante a Comarca de Santa Luzia, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face do Município de Santa Luzia, José Sudário de Castro e Carlos Alberto Parrilo Calixto, este Prefeito Municipal daquela comunidade, asseverando que, em 03.05.1998, foi firmado contrato de comodato entre o Município de Santa Luzia, representado pelos demais réus, relativamente a uma área de 415,00m², sem a expressa autorização legislativa; afirma ter ocorrido violação ao princípio da moralidade administrativa; ao final, pugnou pela concessão de liminar com suspensão da eficácia do aludido contrato, determinando-se a desocupação imediata do imóvel pelo comodatário, bem como pela procedência do pedido vestibular, com a condenação dos dois últimos réus em ressarcir aos cofres públicos os valores dos aluguéis devidos, desde a data da celebração do contrato, o que deve ser apurado em liquidação; pugnou, também, pela aplicação das sanções do art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92; juntou documentos.

Às fls. 61/62-TJ, o MM. Juiz de Direito a quo indeferiu o pedido de liminar; às fls. 64/83-TJ, o primeiro e o segundo requeridos apresentaram suas peças contestatórias, arguindo, preliminarmente, falta de documento indispensável à propositura da ação, descumprimento do procedimento previsto na Lei nº 8.429/92, inadequação da ação proposta, ilegitimidade ativa do Ministério Público; no mérito, sustentaram a regularidade do contrato firmado; asseve-

raram que "a própria Lei Orgânica já contém a autorização, ao prever a possibilidade de utilização de bens públicos municipais por terceiros"; afirmaram inexistir prejuízo para o erário e tampouco ato de improbidade; ao final, requereram o acolhimento das preliminares e que seja julgado improcedente o pedido vestibular; juntaram documentos.

O Ministério Público manifestou-se sobre as preliminares argüidas às fls. 125/126-TJ; o MM. Juiz de Direito a quo julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, declarando nulo o contrato de comodato celebrado entre as partes (fls. 127/144-TJ).

Irresignado, o Município de Santa Luzia inter pôs recurso de apelação, cujas razões estão lastreadas às fls. 147/153-TJ, objetivando a reforma da r. sentença, a fim de que seja declarada a validade do contrato *sub judice*; o Ministério Público, também, inter pôs recurso de apelação às fls. 155/173-TJ, buscando a reforma da decisão guerreada no intuito de ver determinada a desocupação do imóvel, bem como a condenação dos réus às sanções da Lei nº 8.429/92; contra-razões às fls. 175/186-TJ e 191/208-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às fls. 218/235-TJ, opinando pelo provimento do recurso e improvimento do interposto pelo réu.

Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Da análise detida dos autos, constata-se que entre o Município de Santa Luzia e o Sr. José Sudário de Castro foi celebrado um contrato de comodato, tendo como objeto uma área de 415 m² situada na Rua Ceará com Rua Antônio Meirinho, Bairro Bonanza, em Santa Luzia, pelo prazo de dez anos (cópia do contrato às fls. 28/30-TJ).

Estatui o art. 110 da Lei Orgânica do Município de Santa Luzia:

Art. 110. O uso de bens municipais, por terceiros, só poderá ser feito mediante concessão, ou por permissão a título precário e por tempo determinado conforme o interesse público o exigir.

§ 1º. A concessão de uso dos bens públicos de uso especial e dominicais dependerá de lei e concorrência e será mediante contrato sob pena de nulidade do ato.

§ 2º. A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente poderá ser outorgada para finalidades escolares, de assistência social ou turística, mediante autorização legislativa.

§ 3º. A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita, a título precário, por ato unilateral do Prefeito, através de decreto.

Sustenta o primeiro apelante que o contrato em análise não é comodato, mas de permissão de uso, que dispensa autorização legislativa; afirma que a cessão do imóvel se orientou pelo interesse social, eis que ocorreram inúmeros desalojamentos decorrentes do período chuvoso.

A questão, pois, cinge-se à conceituação jurídica do contrato em tela como sendo comodato ou uma permissão de uso.

A permissão de uso tem como característica essencial a precariedade, o que não é o caso, porquanto a avença foi assinada pelo prazo de dez anos; e, mesmo que considerássemos tratar-se de permissão de uso, a Lei Orgânica do Município prevê a necessidade de Decreto Municipal, o que não foi providenciado; logo, ainda assim, estaríamos diante de um ato ilegal.

Defende o primeiro apelante que o ato teve como motivação o interesse público, eis que visava alojar os desabrigados pelas chuvas ocorridas; ora, como já dito, o contrato foi assinado pelo prazo de dez anos; bem realçado pelo Magistrado primevo:

Nesse ponto, deve ser lembrado, primeiramente, que o contrato foi firmado com prazo de dez anos, ficando, portanto, afastada qualquer argumentação no sentido de que a ocupação seria provisória.

De uma obviedade total que o objetivo era a contratação com o particular, e não foi providenciada a devida autorização legislativa, portanto a declaração de nulidade do contrato firmado foi o seu corolário natural; nego, portanto, provimento ao primeiro apelo recursal.

Quanto ao apelo ministerial, *data venia*, tenho que deve ser dado parcial provimento.

O MM. Juiz de Direito a quo declarou a nulidade do contrato de comodato, mas entendeu incabível a desocupação do imóvel cedido, ao fundamento de que referida ordem adentraria o mérito administrativo, o que seria vedado ao Poder Judiciário.

Rogata venia, não comungo de tal entendimento; o Sr. José Sudário de Castro somente obteve a posse do imóvel mediante a assinatura do contrato de comodato; tendo ele sido declarado nulo, os direitos sobre o imóvel foram, automaticamente, restituídos

ao município; assim, não há título que ampare a posse do contratante; destarte, todos os direitos advindos do contrato encontram-se extintos; cedejo que o município, em outra oportunidade, poderá utilizar e ceder o citado imóvel na forma que bem entender, desde que o faça conforme a lei determina.

Assim, não havendo título legítimo que justifique a permanência do Sr. José Sudário de Castro no referido bem público, deve ser determinada a imediata desocupação do imóvel. Arvora-se, também, o Ministério Público pela condenação do alcaide e do Sr. José Sudário de Castro por ato de improbidade administrativa.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES, pautado na doutrina de Hauriou:

O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum (*Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., p. 79, 1989).

In casu, em momento algum o apelante nega a realização do contrato de comodato; apenas, tenta descaracterizá-lo.

Não prospera a afirmação ministerial de que há dano ao erário, eis que tal fato é suscetível de ser exigida indenização pelas possíveis benfeitorias realizadas; assim, há uma presunção, uma cogitação acerca de possíveis prejuízos.

Pinça-se do ato sentencial:

Além disso, também não restou caracterizado o prejuízo ao erário. A argumentação no sentido de que o Município poderia estar alugando o imóvel e obtendo rendimentos civis é mera suposição. Admitamos que o contrato de comodato não tivesse sido firmado. Isso não quer dizer, necessariamente, que o imóvel estaria rendendo aluguéis, pois a administração dos bens públicos cabe ao Chefe do

Executivo e, se determinado imóvel seria locado ou outro fim não lucrativo ser-lhe-ia dado, é mérito administrativo, e somente a ele cabe avaliar a conveniência de um ou outro destino a ser dado ao imóvel objeto da presente demanda.

Inobstante, é preciso, ainda, ter em mente que o art. 21, inciso I, da Lei nº 8.429/92 estatui que a aplicação das sanções previstas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; os comportamentos que atentarem contra os princípios da Administração Pública merecem também ser punidos.

O art. 11 do citado diploma legal assim estatui:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente.

Ora, o objetivo do legislador foi permitir a punição dos agentes públicos que, embora não tenham enriquecido ilícitamente nem tenham causado prejuízo ao erário, infringiram os princípios constitucionais da moralidade, legalidade e honestidade. Ademais, esse tipo de comportamento administrativo, envolve direta ofensa ao princípio da legalidade, um dos pilares em que se assenta a ordem administrativa vigente.

A ausência de prejuízo pecuniário aos cofres públicos afasta a hipótese de ressarcimento, mas

não a aplicação de outras penas com vistas a moralizar a atividade administrativa, inibindo o cometimento de atos atentatórios aos princípios da Administração Pública; o ato praticado pelo alcaide deve ser capitulado no artigo 11 da Lei 8.429/92, para os quais são cominadas as penalidades do artigo 12, inciso III.

Assim, tenho que o contratante Sr. José Sudário de Castro não deve sofrer as sanções da Lei nº 8.429/92, eis que ficou estabelecido que não houve lesão aos cofres públicos, bem como não ficou caracterizada sua má-fé ao contratar com o Poder Público.

Isso colocado, em face do exposto, nego provimento ao primeiro apelo e dou parcial provimento ao segundo para determinar a imediata desocupação do imóvel dado em comodato, bem como condeno o Sr. Carlos Alberto Parrilo Calixto ao pagamento de multa civil, que fixo em uma vez o valor de sua remuneração mensal como Prefeito Municipal, com correção monetária até o efetivo pagamento; no mais, deve pontificar a decisão singular guerreada.

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - EXCESSO DE VELOCIDADE - VIA ARTERIAL - MULTA APLICADA POR RADAR ELETRÔNICO FIXO - PERMISSÃO - REGULAR NOTIFICAÇÃO DO INFRATOR - OPORTUNIDADE DE APRESENTAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO - INÉRCIA DO REQUERENTE - LEGALIDADE DO EMPREGO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

- Caracterizado o excesso de velocidade em via arterial, plenamente cabível a aplicação de multa de trânsito aplicada por radar eletrônico fixo, estabelecendo o parágrafo único da Deliberação nº 29, de 19.12.2001, do Contran, a dispensa da presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, no local da infração, quando utilizado o medidor de velocidade fixo.

- Observados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), com prévia notificação da autuação de multas, é legal o emprego de sanção administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.139-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Infração de trânsito - Excesso de velocidade - Via arterial - Multa aplicada por radar eletrônico fixo - Permissão - Regular notificação do infrator - Oportunidade de apresentação de recurso administrativo - Inércia do requerente - Legalidade do emprego de sanção administrativa. - 1. Caracterizado o excesso de velocidade em via arterial, plenamente cabível a aplicação de multa de trânsito aplicada por radar eletrônico fixo, estabelecendo o parágrafo único da Deliberação nº 29, de 19.12.2001, do Contran, a dispensa da presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, no local da infração, quando utilizado o medidor de velocidade fixo. - 2. Observados os princípios do

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Sr. Presidente. Embora não tenha havido nenhum prejuízo ao erário, vou acompanhar o eminente Relator, entendendo que esse voto tem até mesmo caráter pedagógico, isso porque tenho deparado com situações na vida prática e na realidade, com prefeito doando rua e praça a particular; e, se não coibimos também o contrato de comodato, daqui a alguns dias, haverá praças sendo doadas, ruas sendo doadas, ofendendo realmente aqueles princípios norteadores, que deve seguir uma atividade administrativa pública.

Por isso, acompanho o eminente Des. Relator.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), com prévia notificação da autuação de multas, é legal o emprego de sanção administrativa.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. -
Pedro Henriques - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação cível (fls. 64/75-TJ) contra r. sentença (fls. 58/63-TJ) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, que, na ação anulatória fiscal e repetição de indébito proposta por Gilberto Damasceno de Souza, julgou improcedente o pedido exordial.

Adotando o relatório da decisão objurgada, acresce-se que o d. Magistrado *a quo* pontificou, naquela oportunidade, que a via onde a multa foi constatada não seria de trânsito rápido; que o limite de velocidade no local era de 60 km/h; que ocorreria a aferição do equipamento dentro do prazo legal; que não há qualquer ilegalidade na imposição de multa regularmente notificada; que os radares, bem como os agentes de trânsito poderiam aplicar multas; que o aparelho eletrônico não impôs sentença condenatória, conforme entendido pelo autor; que a alegação do mesmo de que não praticou a infração não apresenta qualquer consistência; que não se poderia sustentar no caso a nulidade ou irregularidade da multa aplicada, não cabendo seu cancelamento.

Em razões recursais (fls. 64/75-TJ), o apelante reafirmou os argumentos da inicial, alegando que vários fundamentos de seu pedido não teriam sido analisados pelo i. Juiz de 1º grau e aduzindo que as multas impostas seriam verdadeira execução fiscal, por terem força de tomar o autor inadimplente pelo não-recolhimento da penalidade imposta pela máquina, razão pela qual pleiteou a reforma da r. decisão guerreada.

A apelada contra-razoou (fls. 86/89-TJ), asseverando que o objetivo do apelante seria apenas o de se furtar ao pagamento da multa corretamente imposta, inclusive havendo a confissão do mesmo do cometimento da infração, daí que rogou pela manutenção do v. *decisum*.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 92/93-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 94-TJ).

Examinando o mérito da questão debatida nesta esfera recursal, não vemos nas alegações do

apelante a necessária força de convencimento para lastrear sua pretensão de ver reformada a sentença contra a qual se insurgiu.

Primeiramente, tem-se que o mesmo admitiu o cometimento de infração de trânsito, sendo que, apesar de ciente do limite de velocidade no patamar de 60 km/h, demonstrando que no local havia sinalização regulamentadora, transitava a uma velocidade de 84 km/h, desrespeitando tal limite.

Desta feita, tem-se que patente o desrespeito ao art. 61 do CTB, que estabelece, ademais, a velocidade máxima no caso de falta de regulamentação, sendo certo que o local descrito era uma via arterial, conceituada no Anexo I desse diploma como "aquela caracterizada por interseções em nível, geralmente controlada por semáforo, com acessibilidade aos lotes lindeiros e às vias secundárias e locais, possibilitando o trânsito entre as regiões da cidade".

Com efeito, preceitua o artigo 61 do CTB:

Art. 61. A velocidade máxima para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito.

§ 1º. Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de:

I- nas vias urbanas:

a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido;

b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais;

c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras;

d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais.

Resta observar que o fim visado pela instalação dos aparelhos eletrônicos nas vias públicas seria exatamente o de controle da velocidade, com o objetivo de reduzir o número de acidentes de trânsito.

Sobre o assunto, discorreu o jurista ARNALDO RIZZARDO:

A velocidade é um dos fatores mais importantes na circulação dos veículos, influenciando em muito para a segurança de todos os usuários das vias. Apontada por muitos como a grande responsável pela maioria dos acidentes que ocorrem, a sua fixação mereceu uma atenção especial no Código, que prevê a velocidade máxima permitida em cada via, indicada por meio de sinalização, sempre levando em consideração as características técnicas da via. O princípio

básico que orienta a política no critério de fixação dos limites está em que a velocidade deve ser a adequada para o local (...) (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, Arnaldo Rizzardo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2001, p. 173/175).

Outrossim, não deve prosperar o questionamento do apelante em relação à aferição de tal aparelho, devido ao fato de estar demonstrada nos autos (fl. 38-TJ) a verificação metrológica realizada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial-Inmetro, cujo resultado teria sido "aprovado".

Noutro giro, sabemos que a função deste, extremamente complexa, é a de detectar, medir e registrar a velocidade instantânea do veículo ao passar por um ponto previamente determinado, sendo que o art. 280 do CTB estabelece que:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se á o auto de infração, do qual constará:

§ 1º. (...);

§ 2º. A infração deverá se comprovada por declaração ou agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, rações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo Contran.

A respeito, pontua o mestre JOÃO BATISTA DA SILVA:

O requisito do § 2º é essencial. É a prova material, é como o auto de corpo de delito, no processo criminal (Código de Trânsito Brasileiro Explicado, João Batista da Silva, Belo Horizonte: Ed. O Lutador, 1999, p. 649).

E o artigo 3º e seu parágrafo único da Deliberação nº 29, de 19.12.2001, do Contran dispõem que:

Art. 3º. Cabe à autoridade de trânsito competente com circunscrição sobre a via, ou a seus agentes, determinarem a localização, a instalação e a operação dos instrumentos ou equipamentos de velocidade.

Parágrafo único. Fica dispensada a presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, no local da infração, quando utilizando o medidor de velocidade fixo, com dispositivo registrador de imagem.

Ora, a norma é expressa e permite a aplicação de penalidade no caso de o equipamento ser

fixo, entendendo-se que a aplicação da referida multa se deu de maneira regular, não se podendo, conseqüentemente, questionar sua validade.

Destarte, a legalidade das sanções administrativas por infração de trânsito assenta-se no pressuposto de regular notificação do infrator para que possa apresentar defesa, sendo que, no caso em questão, apesar da regular notificação (fl. 08-TJ), o apelante quedou-se inerte quanto à aplicação da penalidade, não apresentando recurso administrativo que, segundo o art. 285 do CTB, deveria ser interposto perante a autoridade que impôs a penalidade, sendo o mesmo remetido à Jari, que deveria julgá-lo em até trinta dias, cabendo, ainda, recurso à decisão proferida por essa, nos termos do art. 288 do mesmo diploma legal.

Em suma, o que realmente deflui dos autos é que o apelante foi regularmente notificado sobre a existência da atuação, sem que instaurasse qualquer debate, administrativa ou judicialmente, sobre a sua correção ou legalidade, assim não exercitando o seu direito constitucional de defesa; portanto sem razão a alegação daquele no que tange à nulidade das imposições das infrações de trânsito, entendendo-se, inclusive, que seu objetivo seria a desconstituição da infração, ou seja, a anulação da multa, pretensão totalmente descabida.

Até porque os atos da Administração gozam de uma presunção de legitimidade, que, como nos ensina DIOGENES GASPARINI:

É a qualidade de todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Com efeito, se a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quanto a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com essa qualidade e nada mais se exige para a sua prevalência (Direito Administrativo, Diogenes Gasparini, São Paulo: Ed. Saraiva, 7ª ed., 2002, p. 69/70).

Bem decidiu a 3ª Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça, tendo como Relator o em. Des. Isalino Lisboa:

Mandado de segurança. Exigível prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pela impetrante. Multa de trânsito aplicada pela BHTrans. Legalidade. Validade do ato. Atendimento aos requisitos necessários à sua formação. Oportunidade do exercício do contraditório e da defesa ampla. Inexistência de direito líquido e certo. Apelo improvido.

Da parte do voto do Relator, extraímos:

Por derradeiro, não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da defesa ampla, posto que oportunizada foi a apelante do exercício de tais garantias, no âmbito administrativo, como se vê da notificação de fls. 10, onde consignado o prazo para recurso, ato de 29.10.2001. (Apelação Cível nº 240.389-7/00 - Comarca de Belo Horizonte, Relator: Exmo. Sr. Des. Isalino Lisboa, em 29.08.02.)

Concluindo, não foi verificada a violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, considerados como princípios que regem a Administração Pública, não se podendo falar também em ato ilegal ou arbitrário praticado pela autoridade

INVENTÁRIO - ABERTURA - REQUERIMENTO POR COMPANHEIRA - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL OU DA SOCIEDADE DE FATO - JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL PARA COMPROVAR TAL FATO - MEIO INADEQUADO - REMESSA DAS PARTES ÀS VIAS ORDINÁRIAS

- O inventário não é a via própria para a companheira postular o reconhecimento da união estável ou da sociedade de fato e da sua consequente condição de meeira do espólio, em face da ausência do contraditório e da indispensável ampla defesa nesse procedimento, devendo a parte interessada, previamente, socorrer-se da via apropriada.

- A companheira deve valer-se das vias ordinárias para comprovar ter mantido união estável ou sociedade de fato com o autor da herança e legitimar sua condição de inventariante, não se prestando para tal simples justificação judicial, cuja natureza não tem caráter de sentença nem, a rigor, se observa o princípio do contraditório, por ser mero procedimento de jurisdição voluntária, cabendo ao magistrado, apenas, homologá-la, sem, contudo, adentrar o mérito da ação principal que vier a ser proposta.

AGRAVO Nº 328.594-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Civil e Processual - Inventário - Requerimento de sua abertura pela companheira - Inexistência de comprovação prévia de união estável ou sociedade de fato - Justificação judicial para comprovação de tal fato - Meio inadequado - Remessa pelo julgador às vias ordinárias - Decisão mantida - Inteligência dos arts. 361, 864, 865, 988 e 1.001, todos do CPC. - A toda evidência, não se mostra o inventário de autor de herança chão próprio para a discussão e reconhecimento de sociedade concubina ou união estável, devendo a parte interessada, previamente, se socorrer da via apropriada, não se prestando, para tal, simples justificação judicial, cuja natureza não tem caráter de sentença e nem, a rigor, se observa o princípio do contraditório, cabendo, apenas, ao magistrado homologá-la, sem, contudo, adentrar o mérito da ação principal que vier a ser proposta.

dita coatora, em desconformidade à Constituição Federal e à Estadual, apresentando-se totalmente imprópria a pretensão do apelante.

Com essas considerações, *nega-se provimento ao recurso interposto, confirmando-se a r. sentença de primeiro grau.*

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Dorival Guimarães Pereira* - Dalva Hostsback Goes utiliza-se de agravo de instrumento com a finalidade de obter reforma da decisão trasladada à fl. 219-TJ, lançada, por sua vez, em autos de

inventário por ela requerida em relação ao espólio de Raymundo de Deus Paula Batista, falecido em 21.1.01, em estado de solteiro, e com quem teria vivido em regime de "união estável" por 05 (cinco) anos, entendendo, por isso, circunstância que a estaria a legitimar fosse nomeada sua inventariante e, bem assim, sua condição de detentora da "titularidade da herança" por ele deixada.

Tendo carreado àquele inventário "justificação" onde é retratado o relacionamento com o autor da herança (fls. 108/157-TJ), que foi homologada, notadamente sua nomeação como inventariante (despacho de fls. 161-TJ), intervieram no processado (fls. 162/166-TJ) Walter de Paula Batista, Wanderley de Paula Batista, Maria Aparecida de Paula Batista e Alaor Antônio de Paula Batista, insurgindo-se contra a nomeação, que deveria ser substituída pelo primeiro requerente para examinar o *munus*, tendo o digno Julgador de origem proferido a decisão hostilizada e que é objeto da irresignação da inventariante, em decorrência da qual foram as partes remetidas para as vias ordinárias, e decretou a suspensão do correspondente processo, e objetiva sua reforma, tudo consoante as argumentações desenvolvidas na minuta de fls. 05/10-TJ, instruída com as peças necessárias à formação do instrumento.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Registra, expressamente, o despacho fustigado que:

Vistos, etc.

Remeto as partes para as vias ordinárias, pelas quais deverão resolver a questão pertinente à legitimidade da inventariante para a herança dos bens deixados por Raymundo de Deus Paula Batista, devendo esta obter judicialmente a prestação jurisdicional adequada para declaração da existência de sociedade de fato e união estável com direito a meação dos bens respectivos, não sendo este inventário sede apropriada para definição de tal questão, notadamente por desprovido este procedimento do necessário contraditório e da indispensável ampla defesa.

Suspendo o processo até que seja resolvida adequadamente a questão supramencionada (*litteris*, fls. 219-TJ).

Depreende-se, pois, que as questões postas em debate se limitam à legitimidade de a companheira para requerer o inventário de seu falecido companheiro, sem que tenha, previamente, postulado o

reconhecimento da existência de "união estável" e se a justificação, por si só, presta para este *desideratum*.

De início, é de se salientar que a companheira, desde que seja reconhecida, judicialmente, tal situação, é legitimada a requerer o inventário de seu falecido companheiro, autor da herança, notadamente se detém a posse dos bens do espólio, exegese que se afigura correta ante o disposto no art. 987 do CPC, possuindo legitimidade concorrente as pessoas elencadas no art. 988 do mesmo estatuto processual.

Ocorre, porém, que a justificação realizada, por sua natureza, não se erige em meio probatório para o conhecimento da "união estável" pretendida, dadas as suas características, uma vez que se presta, apenas, a "justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular", como está expresso no art. 861 do diploma formal, o que levou o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a pontificar, de há muito, que:

A justificação, ou é medida preparatória - propriamente cautelar, 'para servir de prova em processo regular' - ou é avulsa, quando então o interessado a houverá 'para simples documento'. O justificante receberá os autos com a prova judicialmente constituída, e dela se servirá conforme lhe interessar. A sentença de justificação não se envolve com o mérito da prova. Mas clara não poderia ser a lei ao dispor que 'o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais', e, coerentemente, ao preceituar que nesse processo 'não se admite defesa nem recurso'. A justificação do art. 361 do CPC não é mais do que uma *forma legis*, em cujo conteúdo está uma prova aberta à livre estima de seu valor e consistência (2ª CC, Apelação Cível nº 86.967/1, Rel. Des. Walter Moraes, in *RJTJSP*, 111/157).

Vê-se, portanto, que este meio processual que visa produzir "jurídicos efeitos relativos à conservação e ressalva de direitos", em relação ao processo principal onde será utilizada, sua espécie não pode ter caráter de prova absoluta, à consideração de que nela não há um contraditório, e muito menos se observa o princípio constitucional da ampla defesa, sendo lícito ao requerido (leia-se interessado), apenas "contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por 24 (vinte e quatro) horas" (art. 864 do mesmo *codex*), não se admitindo defesa ou recurso (art. 865), que nela (justificação), "O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais" (parágrafo único).

No campo doutrinário, fixando a natureza jurídica da justificação e seu alcance, VICENTE GRECO FILHO, nos ensina que:

A justificação é a audiência de testemunhas com a finalidade de demonstrar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular.

Esta medida não é tipicamente cautelar porque a sua finalidade é a de constituição de prova sem que haja a vinculação necessária a um processo principal. Não é, como também a produção antecipada de prova, constitutiva de direitos, mas dela se distingue porque a produção antecipada de prova é a própria prova do processo principal e deve ser colhida em contraditório para que ali possa valer. Já a justificação, apenas de, ressalvados os casos legais, impor também a citação dos interessados, faz a documentação probatória unilateralmente, de modo que o seu valor será discutido e contrariado quando e se for apresentada. A justificação apenas atesta que as testemunhas compareceram e declararam o que consta do termo perante o juiz. O conteúdo de suas declarações será totalmente examinado pela autoridade ou pelo juiz a quem for apresentada (*in Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 14ª ed., 2000, 3ª v., p. 184).

Também é do escólio do não menos festejado Mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que tece os elementos caracterizados de seu conceito, *verbis*:

Entre os procedimentos cautelares específicos o Código incluiu a justificação, que consiste na colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada em processo futuro, como em outras finalidades não contenciosas.

Diz o art. 861, a propósito desse procedimento, que sua postulação pode ser feita por quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documentos e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular.

Na verdade, a justificação não é ação cautelar, pois não visa assegurar prova, mas sim constituir prova, e não se funda no *periculum in mora*. Não se lhe devem, pois, aplicar os princípios gerais do procedimento cautelar.

Não há outrossim, contenciosidade, pois a justificação é voluntária, muitas vezes exercitada sem parte contrária e sempre sem possibilidade de contestação ou recurso (art. 865).

É medida de constituição avulsa de prova, sem o caráter de prevenção que se nota nas antecipações cautelares de prova (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*) e sem a acessoriedade que é essencial a

estas, posto que a justificação pode simplesmente servir como documentação, exaurindo em si mesma sua finalidade processual (*in Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 28ª ed., 2000, v. II, p. 466).

E, relativamente à natureza jurídica, destaca que:

Não há contraditório na justificação e nela o juiz nada decide, limitando-se a aferir, extrinsecamente, a observância das formalidades legais, sem pronunciamento algum sobre o conteúdo da prova colhida.

A função do magistrado é similar à do tabelião, que assenta em suas notas o que lhe declaram outras pessoas, para documentação e publicidade.

É, assim, a justificação simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos, prova essa cuja valoração só há de ser feita pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa perante quem deva ser utilizada.

Não provoca, tampouco, a transmutação de categoria da prova colhida. Esta continuará sendo oral, e, como tal, será apreciada por quem de direito.

Mero procedimento de jurisdição voluntária, portanto, como bem a classifica Lopes da Costa (ob. cit., p. 466/467).

Indubiosamente, para legitimar que a requerente compareça ao inventário na condição de sua inventariante, há necessidade, inquestionavelmente, de comprovar ter mantido "união estável" com o *de cujus*, não se prestando para tal mera justificação, além do que aquele feito que se encontra suspenso em decorrência da decisão ora examinada não se constitui em chão próprio para o seu reconhecimento.

Nessa linha de raciocínio, não discrepa a jurisprudência de nossas Cortes, inclusive do colendo STJ, como se constata dos acórdãos colacionados:

Conflito negativo de competência. Ação declaratória de sociedade de fato. Alegada conexão com inventário. Inexistência. - A ação declaratória de sociedade de fato movida contra os herdeiros do falecido não guarda conexão com o inventário, cabendo neste a reserva de bens para a hipótese de ser julgado procedente o pedido da suposta meirê. No caso de improcedência, opera-se a sobrepartilha dos bens reservados (STJ - 2ª Seção, Conflito de Competência nº 31.933/MS, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 10.10.01, DJ de 4.2.02, p. 267).

Recurso em mandado de segurança. Recurso ordinário. Pressupostos de admissibilidade. Concubina. Pretensão de ser reconhecida meirê nos autos do inventário. Via imprópria. Mandado de segurança como sucedâneo recursal. Impossibilidade.

- (...) omissis.

- O inventário não é a via própria para a concubina postular o reconhecimento da sua condição de meirê do espólio.

- (...) omissis. (STJ - 4ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança nº 32/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.9.89, in RSTJ, 4/1.414).

Agravo de instrumento - Inventário - Habilitação - Concubina - Provimento. - A habilitação de concubina no inventário do falecido companheiro deve ser autorizada após a comprovação da existência de sociedade de fato entre eles através das vias ordinárias (TJPR - 1ª CC, Agravo de Instrumento nº 12.511, Rel. Des. Vidal Coelho, DJ de 22.4.96).

Processo Civil. Inventário. Ilegitimidade de parte na inventariação. Reconhecimento de união estável por juízo incompetente. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido. Unânime.

- É inadmissível o reconhecimento de união estável por parte do juízo de orfãos e sucessões, uma vez que o juízo competente é o da família.

- Impossibilidade de se admitir como parte na inventariação e, conseqüentemente com direito à meação, pessoa que não tenha reconhecida, mediante propositura de ação própria e declarada por juízo competente, a união estável com o *de cujus*.

- Recurso conhecido e provido. Decisão unânime (TJDF - 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 123.693, Rel. Des. João Mariosa, j. 13.12.99, DJ de 29.3.00, p. 13).

Agravo de instrumento - Decisão que reconhece o concubinato e determina a inclusão da parceira supérstite no esboço de partilha - Imprescindibilidade do reconhecimento da sociedade de fato. - Não basta a singela declaração de concubinato para a reserva de bens em processo de inventário, sendo mister a comprovação, nas vias ordinárias, de que os bens foram adquiridos pelo esforço comum, em sociedade de fato (TJDF - 2ª Turma, Agravo de Instrumento nº 120.695, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, j. em 20.9.99, DJ de 2.2.00, p. 14).

Agravo de instrumento. - 1. Mostra-se insubsistente a decisão agravada que mandou reservar 50% do espólio inventariado, se a ação principal do pedido declaratório de vida concubinária e sociedade de fato não foi acolhida, com trânsito em julgado, em face de deserção do apelo interposto. Unanimemente (TJDF - 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 63.150, Rel. Des. Edmundo Minervinc, j. em 4.2.93, DJ de 22.4.92, p. 14.146).

Como se não bastasse, este eg. Sodalício já decidiu, notadamente quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 247.472-4, oriundo da Comarca de Poços de Caldas, ocorrido em 20.12.01, da relatoria do insigne Des. Bady Curi, com assento na 4ª Câmara Cível, e carreados aos autos pelos agravados (fls. 183-TJ), que:

Inventário - Concubina - Exercício da inventariação. - A companheira do *de cujus* não poderá ajuizar o inventário, requerendo seja nomeada inventariante, enquanto não obtiver o reconhecimento judicial de seus direitos através de ação própria - Decisão confirmada.

E, em seu contexto, sublinhou seu digno Relator que:

A r. decisão recorrida não está a merecer qualquer reparo e está assim redigida: "Conforme nosso reiterado posicionamento em causas semelhantes, a via eleita da justificação judicial, por não adentrar o mérito da causa, não se presta a comprovar sociedade de fato entre conviventes, servindo, no máximo, como início e/ou antecipação de prova, devendo a requerente regularizar esta alegada condição, através de procedimento próprio e adequado, ou seja, com a obtenção de sentença judicial declaratória de sociedade de fato".

O que se tem é que aqui não se está discutindo se a agravante foi ou não companheira habitual do *de cujus*, se contribuiu ou não para a formação de alguma parte de seu patrimônio, pois esta matéria não pode ser objeto do inventário.

O inventário é um processo com contornos próprios, não havendo como nele serem discutidas questões de alta indagação. Sendo que consiste num processo especialíssimo, regulado por normas específicas e rígidas.

O art. 988 do CPC estabelece de forma restritiva as pessoas legítimas a requerer o inventário e partilha. Além daquela que estiver na posse e administração do espólio figuram o cônjuge sobrevivente, o herdeiro, o legatário, o testamentário, o cessionário do herdeiro ou do legatário, os credores, o síndico, o Ministério Público e a própria Fazenda Pública.

Não figura no pólo ativo a concubina ou a companheira do falecido.

O direito que possa ter advindo desta relação é de ser previamente reconhecido através da via processual própria, e não no bojo do próprio inventário, onde inexistente, ainda, o seu direito material à sucessão.

Não se está afirmando, por óbvio, não ter havido relacionamento entre a recorrente e o falecido Raymundo de Deus Paula Batista, apesar de se

reafirmar, como o fez o insigne Juiz de origem, que esta questão há de ser discutida em via própria de pedir, sob o crivo do contraditório e observação da ampla defesa.

Em conclusão: incensurável se mostra a decisão fustigada, que não está a merecer qualquer reforma, devendo prevalecer, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

CASAMENTO PUTATIVO - DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PRIMEIRO CASAMENTO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ILEGITIMIDADE ATIVA DO CÔNJUGE VIRAGO DO SEGUNDO CASAMENTO PARA POSTULAR A NULIDADE DO PRIMEIRO MATRIMÔNIO - REPRESENTAÇÃO DO ESPÓLIO POR TERCEIRO NÃO NOMEADO PARA O ENCARGO E SEM QUALQUER VÍNCULO COM O DE CUJUS

- A ação de anulação é cabível para declarar nulo o casamento putativo. Dessa forma, se a causa da nulidade reside na realização de um primeiro consórcio, nulo é o segundo enlace matrimonial, e não o primeiro.

- Ausentes as condições da ação e os pressupostos de validade da relação processual pela ilegitimidade ativa das partes, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de representante legal do espólio, a lide há de ser extinta sem o exame do mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.279-9/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Casamento putativo - Decretação de nulidade do primeiro casamento - Impossibilidade jurídica do pedido - Ilegitimidade ativa do cônjuge virago do segundo casamento para postular a nulidade do primeiro matrimônio - Representação do espólio por terceiro não nomeado para o encargo e sem qualquer vínculo com o de cujus. - A ação de anulação é cabível para declarar nulo o casamento putativo, mas, se a causa da nulidade reside na realização de um primeiro consórcio, nulo é o segundo enlace matrimonial, e não o primeiro. - Ausentes as condições da ação e os pressupostos de validade da relação processual, pela ilegitimidade ativa das partes, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de representante legal do espólio, a lide há de ser extinta sem o exame do mérito. Negado provimento ao apelo.

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, 22 de maio de 2003. -
Lamberto Sant'Anna - Relator.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento interposto, arcando sua autora com o pagamento das custas recursais dele decorrentes.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo espólio de S.E.S. e sua representante, M.E.J., contra G.F.G., representada por curador especial, em face da r. sentença de fls. 72/73, prolatada nos autos da ação de anulação que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Em sede recursal, de fls. 75/78, relatam os apelantes, em síntese, que há possibilidade jurídica do pedido, uma vez que a recorrente se casou de boa-fé com o Sr. S.E.S., já falecido, desconhecendo, contudo, que o de cujus já era casado com a apelada, embora utilizando outro nome (S.E.S.).

Contra-razões ao apelo, apresentadas pelo curador especial às fls. 80/82.

Conheço do recurso, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, necessário se faz identificar a pretensão dos autores com a presente lide, uma vez que no pleito exordial (fl. 04) requereram a anulação do casamento do Sr. S.E.S. com a apelada, Sra. G.F.G.

Contudo, à fl. 23, atendendo ao requerimento do MM. Juiz de emenda da inicial - pois o parecer do i. representante do Ministério Público (fl. 20) entendeu estar o pedido exordial em discordância com a argumentação -, requereram os autores que fosse declarado putativo o casamento de M.E.S. com S.E.S.

Diante dos fatos postos, encontra-se em consonância com a lide a lição do civilista ORLANDO GOMES:

O direito de propor ação anulatória se atribui a um dos cônjuges como um remédio para paralisar os efeitos do casamento defeituosamente contraído. Oferecida no interesse particular, seu uso é limitado, porque a permanência do vínculo matrimonial deve sobrepor-se à conveniência pessoal de o invadido (Direito de Família, 8ª ed., p. 117).

É cabível ação anulatória do casamento putativo, sem dúvida, mas dita lide deve ser proposta com a finalidade de anular o consórcio que foi realizado com causa de nulidade no momento da celebração, *in casu*, a suposta existência de um enlace matrimonial anterior do cônjuge da recorrente.

Assim, se considera a recorrente que seu casamento é putativo, pode requerer a declaração de nulidade dele, e não do primeiro consórcio, conforme pretendido no pleito exordial.

Dessa forma, em face do absurdo da lide em exame, o MM. Juiz, ao analisar a pretensão dos autores, afirmou que a apelante, Sra. M.E.S., não possui legitimidade para postular a nulidade do casamento de terceiros, havendo, ainda, impossibilidade jurídica da pretensão exordial, porque não poderia ser considerado nulo o primeiro casamento, mas tão-somente o segundo.

Ocorre que, examinando a emenda à exordial (fl. 23), entendo que a pretensão da autora reside na anulação do seu casamento, que teria sido o segundo enlace matrimonial do seu marido, já falecido.

SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA SOBRE PROVENTOS - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DA COMBINAÇÃO DO ART. 40, § 12, COM O ART. 195, II, DA CF/88

- Os servidores públicos inativos não podem ser sujeitos passivos de contribuição previdenciária, conforme se infere da combinação do art. 40, § 12, com o art. 195, II, inseridos na Carta Magna/88 pela Emenda Constitucional nº 20/98, e de precedentes do STF, como no caso da liminar concedida pela Corte Maior na ADIN nº 2.010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.590-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Contudo, o absurdo da pretensão prevalece mesmo após a emenda, pois não pode a recorrente pretender a anulação do casamento realizado com S.E.S., ainda que afirme ser este o verdadeiro nome do seu cônjuge, porque era casada com S.E.S., restando, portanto, impossível juridicamente o pedido da emenda.

Lado outro, o pedido inicial e o emendado também violam a constituição válida da relação processual, pois o espólio de S.E.S. não pode compor o pólo ativo da lide.

É que não consta dos autos certidão de óbito de S.E.S., razão pela qual não se pode falar na existência do espólio de dita pessoa.

Além disso, admite-se que a apelante fosse inventariante do espólio de S.E.S., com quem era casada (fl. 11), mas não se pode titular representante de espólio de terceiro com o qual não possuía qualquer vínculo, inexistindo nomeação para tal encargo, por violação literal ao art. 990 do CPC e, por via de consequência, aos pressupostos processuais.

Destarte, os autores encontram-se carecidos de ação, encontrando-se, ainda, ausentes os pressupostos processuais necessários à instauração válida e eficaz da relação processual, razão pela qual acertada a decisão monocrática que extinguiu a lide sem exame do mérito.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

Custas, pelos apelantes, ficando suspensa sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Ementa oficial: Servidor público inativo - Contribuição previdenciária - Inconstitucionalidade. - Desde o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, mostra-se como inconstitucional qualquer desconto incidente sobre os proventos de servidor público aposentado a título de contribuição previdenciária, observados, inclusive, precedentes do STF, como no caso da liminar concedida pela Corte Maior na ADIN nº 2.010.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - Sérgio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - Fábio Proença Doyle e Maria Aparecida Campos Seixas de Souza, ambos servidores públicos aposentados do Município de Belo Horizonte, ajuizaram a presente ação ordinária contra o Município de Belo Horizonte e contra a Beprem-Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, alegando, em síntese, que a cobrança da contribuição previdenciária sobre proventos dos inativos e pensionistas seria ilegal e inconstitucional, tal como a feita nos termos da Lei 7.968/2000, que elevou tal contribuição para 11%, percentual que passou a ser cobrado a partir de novembro de 2000.

Argumentaram, ainda, que essas cobranças feririam direito adquirido dos requerentes e mesmo o princípio da irredutibilidade dos vencimentos, insculpidos em nossa Constituição Federal, arts. 51, XXXVI; 37, XV; 40, § 12, c/c o 195, II; e ainda o § 4º do mesmo art. 195.

Segundo os requerentes, quando na ativa, teriam contribuído efetivamente para o custeio de suas aposentadorias, não sendo possível se aceitar agora que sejam chamados a custear novamente tais direitos através da instituição de um fundo previdenciário, o que feriria a Súmula 359 do STF, que definiu que os proventos pela inatividade seriam regulados pela lei vigente ao tempo em que se aperfeiçoou a aposentadoria.

Pleitearam ainda o recebimento das parcelas indevidamente descontadas, tudo com os encargos legais e a incidência da correção monetária.

Acrescentaram que a Emenda Constitucional nº 20/98 teria mantido tal situação com a redação de seu art. 31, § 3º, sendo indubitado que o procedimento do requerido, ao efetivar tais descontos, seria inconstitucional.

O pleito liminar foi examinado e deferido, fls. 138 e 139.

Os requeridos compareceram aos autos, pugnando em sentido contrário aos interesses dos requerentes, seguindo-se a decisão de fls. 76 e 77, que, em preliminar, não excluiu a Beprem da lide e, no mérito, deferiu o pleito inicial, consagrando a liminar.

A Beprem apelou, fls. 160 a 163, insistindo na preliminar de ilegitimidade passiva e alegando que o art. 149 da CF permitiria a cobrança tal como efetuada, que não ofenderia nosso ordenamento jurídico, ao contrário do entendimento da decisão, sendo certo ainda que a cobrança não implicaria ofensa a direitos adquiridos dos impetrantes e não se revelaria como redução de seus vencimentos. Por fim, no tocante ao art. 195, II, da CF, argumenta que ele não se dirige aos pensionistas ou aposentados dos regimes estaduais e municipais.

Os apelados argumentaram em sentido contrário, fls. 88 e 89, e o parecer da Procuradoria de Justiça entende que o caso não reclamaria sua atuação.

Conheço dos recursos, pois, apesar de não manifestado, o reexame necessário é um imperativo legal e o voluntário foi interposto tempestivamente, com observância das formalidades legais.

Por ser o mais amplo, passo a examinar o recurso necessário, deixando claro, desde já, que a decisão se lastreou basicamente no disposto no art. 195, II, de nossa Constituição Federal, deixando praticamente de lado as argumentações e os debates construídos pelas partes em torno de direitos adquiridos e de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos apelados.

Preliminarmente, verifico que a decisão não acolheu a argumentação da Beprem no sentido de que seria parte ilegítima na causa. Não vejo como se possa, agora, rever tal questão, mesmo porque a decisão contém fundamentação compatível com tal entendimento e as repercussões da mesma realmente

atingem a Beprem, eis que, indiscutivelmente, é a apelante a responsável pela confecção dos documentos sobre o pagamento dos autores.

Ora, se é a própria apelante quem admite nos autos que efetua os contracheques, não há como se deixar de ver seu envolvimento no caso, muito embora se reconheça que a parcela de tais descontos possa ficar com a outra parte, que sequer apelou.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Avançando para debater a questão no seu mérito, verifico que a matéria vem ganhando uma ampla pacificação nos nossos tribunais superiores, notadamente no próprio Supremo Tribunal Federal, onde já imperaria o entendimento no sentido de que:

1 - Contribuição previdenciária: Incidência sobre proventos da inatividade e pensões de servidores públicos (Lei estadual 12.398/98, do Paraná): densa plausibilidade da arguição da sua inconstitucionalidade sob a EC 20/98, já afirmada pelo Tribunal (ADINMC 2.010, 29.9.99).

1. Reservado para outra oportunidade o exame mais detido de outros argumentos, é inequívoca, ao menos, a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da norma local questionada, derivada da combinação, na redação da EC 20/98, do novo art. 40, § 12, com o art. 195, II, da Constituição Federal, e reforçada pela análise do processo legislativo da recente reforma previdenciária, no qual reiteradamente derrotada, na Câmara dos Deputados, a proposta de sujeição de aposentados e pensionistas do setor público à contribuição previdenciária.

2. O art. 195, § 4º, parece não legitimar a instituição de contribuições sociais sobre fontes que a Constituição mesma tornara imunes à incidência delas; de qualquer sorte, se o autorizasse, no mínimo, sua criação só se poderia fazer por lei complementar.

3. Aplica-se aos Estados e Municípios a afirmação da plausibilidade da arguição questionada: análise e evolução do problema (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.189-B-PR (Tribunal Pleno), Relator Min. Sepúlveda Pertence, in RTJ-STF, 173/786).

Como se constata na ementa acima transcrita, fruto de decisão unânime, é importante que se frise, o STF está a entender que o art. 195, II, da CF realmente não permite a instituição de contribuições previdenciárias, mesmo na órbita dos Estados e Municípios, que avancem sobre os proventos de aposentados e pensionistas. E nisso o STF contraria frontalmente as alegações do apelante em seu ataque à decisão.

Assim, percebe-se que a decisão sob exame está inteiramente voltada para essa mesma orientação, posicionamento que se vem cristalizando neste eg. TJMG, como se pode ver nos casos que transcrevo abaixo:

1 - Ementa: Servidor público - Inativo - Lei Estadual nº 12.278/96 - Contribuição previdenciária - Inconstitucionalidade. - É inconstitucional o desconto de contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de servidor público inativo, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98. Precedentes do STF. Apelação Cível nº 228.865-2/00, Rel. Des. Páris Peixoto Pena.

2 - Ementa: Servidor público inativo - Contribuição previdenciária - Ilegalidade - Restituição. - É ilegal a cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de servidor público inativo, após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, sendo garantida aos aposentados a restituição dos valores anteriormente descontados. Apelação Cível nº 227.674-9/00, Rel. Des. Antônio Hélio Silva.

3 - Ementa: Tributário. Contribuição previdenciária. Proventos. Cobrança. Impossibilidade. - O servidor público aposentado não pode ser sujeito passivo da contribuição previdenciária, instituída para custeio de aposentadoria. O Supremo Tribunal Federal, através da liminar concedida na ADIN nº 2.010, que trata de matéria idêntica à versada nos presentes autos, determinou a suspensão dos descontos referentes à contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos. Recurso provido. Apelação Cível nº 230.011-9/00, Rel. Des. Pinheiro Lago.

Não se argumente que tais decisões não tenham como parte o Município de Belo Horizonte, pois o ilustre Des. Garcia Leão já teve a oportunidade, no julgamento de um agravo de instrumento, em que foram partes exatamente a Secretaria de Administração do Município de Belo Horizonte e a mesma Beprem, de consagrar a tutela antecipada que vedava a cobrança da contribuição previdenciária gerada pela Lei Municipal 7.968/2000, estabelecendo na ementa que:

Tutela antecipada - Proventos - Pensão - Suspensão de desconto previdenciário - Admissibilidade - Lei Municipal nº 7.968/2000 - Inteligência do art. 273 do Código de Processo Civil. - Estando presentes os requisitos da tutela antecipatória, prova inequívoca, verossimilhança das alegações, *periculum in mora*, deve o juiz conceder a antecipação da tutela. AI nº 234.915-7/00.

Creio necessário que se deixe claro que não se está voltando as costas para um doloroso problema de falta de recursos para o custeio do sistema previdenciário como um todo em nosso País.

É certo que administrações irresponsáveis e descuidadas não perceberam a bomba-relógio que acionaram no passado, ao gerar uma série de sistemas previdenciários inconseqüentes e que não cuidaram de definir fontes de arrecadação seguras e suficientes, avançando-se, somente agora, de uns poucos anos para cá, na luta pela busca de superação de tais problemas, que são absurdos se quantificados em seus números econômicos e financeiros.

Entretanto, enquanto não se encontrar uma solução legal e constitucional para a questão, não se pode aceitar que criem lastro em nossa sociedade iniciativas francamente em confronto com nosso ordenamento jurídico maior, tais como a do Estado do Paraná examinada no acórdão acima citado, do STF, que teve como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence e mesmo nas leis do Município de Belo Horizonte apontadas na inicial.

Como sabemos, convivem, no País, dois regimes previdenciários. Um deles está voltado para os servidores públicos, como se vê no disciplinamento ditado pelo art. 40 da CF/88. O outro regula a situação dos demais trabalhadores, sendo regulado no art. 201 da mesma CF.

Ora, a nova redação do art. 195, II, da CF, ditada pela EC 20/98, veda expressamente a incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadoria enquadrada no regime geral de que trata o art. 201 da CF. Por outro lado, o art. 40 da CF, que trata do regime de previdência social dos servidores públicos, não indica nenhuma forma de financiamento da previdência pública.

Entretanto, a Reforma da Previdência trouxe algumas inovações, entre as quais deve ser destacado o acréscimo de vários parágrafos no art. 40. E, entre esses acréscimos, vamos ler, no § 12, que o "regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social".

Essa leitura ditada pela norma inovadora nos mostra que não podemos deixar de conjugar tal

dispositivo com o do art. 195, II, e reconhecer que permanece existindo uma considerável lacuna em nosso ordenamento jurídico, no tocante ao custeio da previdência pública. Mas isso não pode significar que se devam tolerar iniciativas legais que se choquem com a norma maior, ditada pela nossa Constituição, como é o caso dos autos.

É aí que se insere o revelador pronunciamento do STF, quando este suspendeu a cobrança de contribuição dos servidores aposentados instituída com idêntico fim da discutida nestes autos, entendendo viável a cobrança apenas para os servidores na ativa. A decisão foi fundada exatamente no § 12 do art. 140, combinado com o disposto no art. 195, II, ambos da Constituição Federal.

Esse mesmo entendimento foi agasalhado em outra decisão, agora relatada pelo Ministro Néri da Silveira:

2. Despacho mantido por seus fundamentos. 3. Orientação da Corte no sentido da inviabilidade de incidir contribuição previdenciária nos proventos de inativos, diante da Emenda Constitucional nº 20/1998. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AGRRCL nº 1602/SE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14.2.01, DJU de 24.8.01, p. 47).

Outrossim, verifico que a decisão também se lançou com correção ao deferir o pedido de restituição dos descontos feitos indevidamente, fixando as regras para tal procedimento.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso necessário, por entender que a decisão está inteiramente correta e não merece qualquer reparo, julgando prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

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

CONCUBINA - INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS - INADMISSIBILIDADE

- Diante da nova configuração institucional familiar atribuída pela ordem constitucional, estão os conviventes em condições de absoluta igualdade, cada qual contribuindo com o que tem a oferecer para a completude da relação, sendo certo que a simples existência de concubinato não gera direito à indenização

por serviços domésticos executados pela concubina, porque, na relação concubinária, há mútuo proveito e dedicação recíproca dos envolvidos. Ademais, estabelecer indenização por tais serviços configuraria flagrante retrocesso, colocando a mulher em posição de submissão ao homem, como se a mesma fosse uma mera serviçal, encarregada de prestar a estes serviços de caráter doméstico, o que não encontra respaldo nas normas legais aplicáveis à espécie e tampouco está em consonância com o novo *modus vivendi* de nossa sociedade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.028-8/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Ação de indenização por serviços prestados - Inadmissibilidade da verba - Reforma da sentença. - Tendo sido equiparada a posição entre homens e mulheres na gestão da sociedade conjugal, configura-se um flagrante retrocesso estabelecer indenização por serviços prestados, conduta que novamente coloca a mulher em posição de flagrante submissão ao homem, como se a mesma fosse uma mera serviçal, encarregada de prestar a estes serviços de caráter doméstico, o que, logicamente, não se coaduna nem com as normas legais aplicáveis à espécie dos autos nem tampouco com o novo *modus vivendi* de nossa sociedade.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de maio de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Silas Vieira* - Trata-se de recurso de apelação da sentença de fls. 76/79, proferida nos autos de ação de indenização por serviços prestados, ajuizada por M.J.B. em face de M.S.B., via da qual o MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de uma indenização correspondente a 5 anos e 4 meses, "à razão de um salário mínimo, no montante de R\$12.800,00".

Ainda no ato sentencial, o Magistrado condenou o requerido ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa, suspensa a exigibilidade, porquanto ao mesmo foi deferida a gratuidade de justiça.

Irresignado, o requerido apresenta suas razões de apelo às fls. 83/87, erigindo preliminar de

incompetência do juízo, haja vista que seria competente para apreciação da demanda a Justiça do Trabalho.

No mérito, aduz que não pode a concubina fazer jus à indenização por serviços domésticos prestados, mesmo porque, durante o período em que se relacionaram, a mesma era tratada como esposa do requerido, e não como empregada.

Refuta ainda a condenação em honorários advocatícios, os quais restaram fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à inicial, sustentando que foi requerida a justiça gratuita.

Contra-razões de recurso às fls. 91/94.

Parecer ministerial às fls. 69/74, opinando pela improcedência do pleito vestibular.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Havendo matéria preliminar, passo a examiná-la.

De pronto, afasto a preliminar de incompetência do juízo suscitada pelo recorrente, na medida em que tal alegação é desprovida de qualquer fundamento fático ou legal, tratando-se, a toda evidência, o feito, de matéria eminentemente cível, afeta ao âmbito do direito de família.

Rejeito, pois, a aludida prefacial.

Mérito:

In casu, a par do entendimento externado pelo Magistrado sentenciante, exsurge dos autos que a indenização pretendida pela autora não encontra respaldo na legislação aplicável à espécie.

É que a norma do art. 226, § 5º, de nossa Carta Magna, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres na gestão da sociedade conjugal, *verbis*:

"Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Nesse passo, tendo sido equiparada a posição entre homens e mulheres, configura-se um flagrante retrocesso estabelecer indenização por serviços prestados na constância da relação, conduta que novamente coloca a mulher em posição de flagrante submissão ao homem, como se a mesma fosse uma mera serviçal, encarregada de prestar a este serviços de caráter doméstico, o que, logicamente, não se coaduna nem com as normas legais aplicáveis à espécie nem tampouco com o novo *modus vivendi* de nossa sociedade.

Com efeito, a Carta Magna pretendeu alçar a companheira à condição de mulher legítima, tal como se casada fosse, e não como uma empregada do homem, como quis fazer crer a autora.

A respeito, vale transcrever alguns julgados deste colendo Tribunal:

Processual Civil - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Concubinato - Indenização por serviços prestados - Inadmissibilidade. - Inocorre cerceamento de defesa, não havendo que se cogitar de produção de prova testemunhal, se a matéria versada nos autos é de direito e os documentos acostados se mostram suficientes ao deslinde da controvérsia. Os serviços domésticos cotidianos realizados no curso do concubinato não geram direito a indenização, por serem fruto da mútua assistência entre os conviventes. Rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso (Ap. 239.400-5/00, Rel. Des. Kildare Carvalho, DJ de 26.04.2002).

Indenização - Serviços prestados ao concubino. - A simples existência de concubinato, em princípio, não gera direito à indenização por serviços domésticos executados pela concubina, pois pressupõe mútuo auxílio (Ap. 165.700-6, Rel. Des. Aloysio Nogueira).

Concubinato - Serviço doméstico prestado pela concubina - Inadmissibilidade da verba indenizatória pleiteada a título de vida em comum. - Descabe a indenização por serviços domésticos prestados pela

concubina, posto que a simples prestação dos mesmos, constituindo mera rotina da vida em comum na qual se pressupõem auxílio e socorro mútuos, sem nenhum prejuízo ou sacrifício da amásia, não enseja a indenização quando da dissolução do concubinato (Ap. 171.410-4, Rel. Des. Célio César Paduani).

Desta feita, impende seja reformada a sentença quanto à compensação à requerente pelos serviços prestados como dona-de-casa, porquanto, diante da nova configuração institucional familiar atribuída pela ordem constitucional, estão os conviventes em condições de absoluta igualdade, cada qual contribuindo com o que tem a oferecer para a completude da relação, sendo certo que a simples existência de concubinato não gera direito à indenização por serviços domésticos executados pela concubina, porque, na relação concubinária, há mútuo proveito e dedicação recíproca dos envolvidos.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso para reformar a sentença, haja vista que não se vislumbra, na espécie, fundamento para impor ao requerido obrigação indenizatória, eis que, quando a autora a ele se associou, assumiu os riscos de um relacionamento amoroso, com todos os transtornos inerentes a qualquer relação.

Custas recursais e despesas processuais, pela apelada, suspensa a exigibilidade, *ex vi* do art. 12 da Lei 1.060/50.

No que concerne aos honorários de sucumbência, arbitro em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

SERVIDOR - TETO REMUNERATÓRIO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 - INEXISTÊNCIA DE AUTO-APLICABILIDADE - AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA - PREVALÊNCIA DAS REGRAS PREEXISTENTES - VANTAGENS DE ORDEM PESSOAL - EXCLUSÃO NO CÔMPUTO DA REMUNERAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DO TETO

- Relativamente ao teto remuneratório dos servidores públicos, continuam em vigor as regras preexistentes à EC nº 19/98, que não são auto-aplicáveis, dependentes que são de lei formal regulamentadora.

- A teor do § 1º do art. 24 da CE/89, no âmbito do Poder Executivo Estadual, o limite é o da remuneração em espécie, a qualquer título, do Secretário de Estado. Entretanto, não se inserem no cômputo geral da remuneração, para efeito de determinação do teto constitucional, as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público em razão de circunstâncias pessoais ou de caráter funcional, inclusive o valor percebido a título de adicionais por tempo de serviço e gratificações decorrentes de apostila em cargo em comissão. Assim, nem mesmo por meio de lei, poderá o Estado, sem ferir a Constituição, fixar, para efeito de teto constitucional, um valor global que também abranja vantagens de ordem meramente individual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.204-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Constitucional - Teto remuneratório - EC 19/98 - Ausência de lei regulamentadora - Prevalência das regras preexistentes - Vantagens de ordem pessoal - Não-inclusão no cômputo da remuneração para efeito de fixação do teto. - À ausência de lei em sentido formal para a fixação do denominado "teto salarial" com vistas a regulamentar a Emenda à Constituição nº 19/98, prevalecem as situações anteriores e as regras preexistentes à referida emenda constitucional. - De todo modo, as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público, em razão de circunstâncias de ordem pessoal ou de caráter funcional, inclusive, como no caso específico dos autos, o valor percebido a título de Gepi-Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual, decorrente de apostila em cargo em comissão, não se inserem no cômputo geral da remuneração para efeito de incidência do teto constitucional, posto que constituem gratificação individual e vantagem pessoal, que são decorrentes da situação funcional particular do servidor. - Assim, nem mesmo através de lei poderá o Estado, sem ferir a Constituição, fixar, para efeito de teto constitucional, um valor global que também abranja, para efeito do seu cômputo, vantagens de ordem meramente individual.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Geraldo Augusto* - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos do mandado de segurança impetrado por Maria Helena de Freitas Campos em face da Diretora da Superintendência Central de Pessoal da Secretaria de Estado de Recursos

Humanos e Administração de Minas Gerais contra descontos, a título de anulações e reposições, feitos sob argumento de terem os estípicos mensais ultrapassado a remuneração máxima permitida pela legislação do Estado de Minas Gerais.

A sentença denegou a segurança.

Irresignada, recorre a vencida, com as extensas razões de fls. 302-356, aduzindo, em resumo, que a sentença se encontra em desacordo com a jurisprudência do Tribunal, sendo certo que o ato que determinou o decote do excesso da remuneração da servidora a título de anulação referente ao limite constitucional, bem como a aplicação do abate-teto nos seus proventos, com a inclusão dos valores recebidos a título de adicionais por tempo de serviço e Gepi, viola o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Anota a apelante que vantagens pessoais devem ser excluídas do limite máximo de remuneração e que a EC nº 19/98 não pode retroagir para alcançar vantagens pessoais já incorporadas ao patrimônio do servidor, sendo certo que, ao dar nova redação ao inciso XI do art. 37 da Constituição da República, submeteu todo o sistema remuneratório nas entidades federativas de todos os níveis a um único teto, o ganho de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos presidentes dos Três Poderes e da Câmara dos Deputados, mas inexistia tal regulamentação, como também não há lei fixando um teto salarial no Estado, sendo ilegal o desconto efetivado mês a mês de parcela integrante da remuneração dela, apelante.

De plano, há de ser anotado que é entendimento assente neste Tribunal que, relativamente ao teto remuneratório dos servidores públicos, continuam em vigor as regras preexistentes à edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998.

É que, segundo decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, na sessão administrativa de 24.06.1998, não são auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta e alterados com a referida

EC nº 19/98, dependentes que estão de lei formal, de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

O inciso IX do art. 37 da CR, com as alterações dadas pela EC nº 19/98, assim prescreve:

A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ainda na referida 3ª sessão administrativa do Excelso Pretório, de 24.06.1998, deliberou-se que:

... até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior à que lhe foi dada pela EC 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado; no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Assim, à ausência de lei, em sentido formal, para a fixação do denominado "teto salarial" com vistas a regulamentar a Emenda à Constituição nº 19/98, prevalecem as situações anteriores e as regras preexistentes à referida emenda constitucional.

Ademais, como salientado pelo eminente Desembargador Almeida Melo, em seu substancial voto proferido na Apelação nº 228.921-3, acórdão de 14.12.2001, publicado em 19.02.2002, *verbis*:

As regras aplicáveis ao teto remuneratório continuam a ser aquelas existentes antes da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, tendo em vista entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de não serem auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta. Há muito o Supremo Tribunal Federal pacificou 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" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14, Relator o Ministro Célio Borja). Não se vislumbra que, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, a orientação do Pretório Excelso restou esmaecida, à medida que, ainda que editada norma constitucional traçando novos parâmetros para a fixação da remuneração dos servidores públicos, há se respeitarem, em princípio, as situações constituídas segundo o regramento anterior.

E o inciso XI do art. 37 da CR, com a redação anterior à EC/98 é o seguinte:

XI - A Lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional; Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito.

Em relação aos Três Poderes da União, a Lei nº 8.448, de 21.7.1992, regulamentou o inciso XI, e a Lei nº 8.852, de 4.2.1994, dispõe sobre aplicação desse inciso. Em nível do Estado de Minas Gerais, o § 1º do art. 24 de sua Constituição assim estabelece:

§ 1º. A lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração do servidor público, observados, como limites e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Deputado Estadual, Desembargador e Secretário de Estado.

Assim, no âmbito do Poder Executivo estadual, o limite é o da remuneração, em espécie, a qualquer título, do Secretário de Estado; no Poder Legislativo estadual, a de Deputado Estadual e, no Poder Judiciário, a remuneração de Desembargador.

Contudo, como reiteradamente vem sendo decidido, as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público, em razão de circunstâncias de ordem pessoal ou de caráter funcional, inclusive, como no caso específico dos autos, o valor percebido a título de adicionais por tempo de serviço (quinqüênios) e Gepi-Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual, esta decorrente de apostila em cargo em comissão, não se inserem no cômputo geral da remuneração para efeito de incidência do teto constitucional.

É que referidas retribuições constituem gratificação individual e vantagem pessoal, que são decorrentes da situação funcional particular de cada servidor.

Assim, nem mesmo através de lei poderá o Estado, sem ferir a Constituição, fixar, para efeito de teto constitucional, um valor global que também abranja, para efeito do seu cômputo, vantagens de ordem meramente individual.

Concluindo, para efeito do denominado "teto salarial" dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, enquanto não for editada a lei regulamentadora dos arts. 3º e 5º da Emenda Constitucional nº 19/98, deverá ser observada a regra estabelecida no art. 37, inciso XI, c/c o art. 39, § 1º, ambos da Constituição Federal, em sua redação original, porém devem ser incluídas no cálculo as parcelas de caráter pessoal recebidas pelos Secretários de Estado e resguardados os direitos adquiridos dos servidores conentemente às vantagens pessoais já incorporadas.

Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Administrativo. Teto remuneratório. Exclusão de verbas de caráter pessoal. Publicação da Emenda Constitucional nº 19. Dispositivo que não é auto-aplicável. Jurisprudência pacificada nas duas Cortes Superiores.

A decisão, ainda que prolatada posteriormente à vigência da referida emenda constitucional, não há que ser alterada, pois a jurisprudência das Cortes Superiores continua firme no sentido de se excluírem do teto remuneratório máximo as verbas de caráter

pessoal, até porque tal dispositivo, conforme deliberação administrativa do eg. STF, não é auto-aplicável. Inexistência de qualquer omissão, muito menos obscuridade. Embargos rejeitados. (STJ - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Acórdão: EDROMS 9.731/RJ (19980033614)386624 - data da decisão: 01.03.2001, 5ª Turma, fonte: DJ de 02.04.2001, p. 310.)

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso para conceder a segurança, anulando o ato administrativo que determinou o corte nos proventos da impetrante tal como perpetrado e que fazia incidir decotes sobre parcelas relativas a vantagens pessoais como adicionais por tempo de serviço e Gepi, já incorporadas ao patrimônio da servidora. Determina-se, outrossim, o restabelecimento dos proventos da servidora, ajustando-os nos termos desta decisão e, bem assim, para que restitua os valores indevidamente descontados, desde o ajuizamento do presente mandado de segurança, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, contados da citação, mais as custas processuais.

Sem honorários, porque incabíveis na espécie.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERM PROVIMENTO.

MULTA DE TRÂNSITO - RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - VEÍCULO - CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO - TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE - DETRAN/MG - NEGATIVA - INADMISSIBILIDADE

- A interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade da multa de trânsito, que só será exigível após o trânsito em julgado da decisão. Assim, havendo recurso pendente de julgamento, a multa não constitui óbice à concessão do certificado de registro e licenciamento do veículo nem à sua transferência. Logo, é vedado à autoridade administrativa condicionar a emissão de documento obrigatório ao recolhimento de multa cujo recurso ainda não foi apreciado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 326.230-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Ementa oficial: Direito administrativo - Infração de trânsito. - Em caso de interposição de recurso administrativo perante o órgão competente, deve haver o trânsito em julgado da decisão para que a multa se torne exigível, não podendo ser considerada óbice à transferência do veículo.

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, 04 de junho de 2003. - Audebert Delage - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo

Estado de Minas Gerais contra a sentença de fls. 46/48, que concedeu a segurança, determinando à autoridade impetrada, Diretor do Departamento de Trânsito do Estado de Minas Gerais-Detran/MG, a imediata transferência, ao novo adquirente, do veículo Toyota de placa KTB-2234, inadmitindo seu condicionamento ao pagamento de multas pendentes contra as quais fora interposto recurso administrativo.

Alega o apelante, nas razões recursais, que sua conduta, consistente na não-transferência de veículo com multas pendentes, está prevista em lei e que, por isso, agiu dentro da legalidade que lhe é exigida. Assevera ser legal o condicionamento da emissão do certificado de licenciamento ao pagamento de multas pendentes. Aduz que a imposição de penalidades consiste em exercício regular do poder de polícia pela Administração e que, a despeito de ter o ilustre Juiz *a quo* fundado sua decisão na suspensão da exigibilidade das multas, por estarem pendentes de julgamento os respectivos recursos, trata-se de situação transitória, haja vista a possibilidade de o recurso administrativo interposto ser julgado improcedente.

Como relatório adoto, ainda, o da r. sentença, acrescentando que as contra-razões foram regularmente apresentadas. A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da ilustre Dra. Eliane Maria Gonçalves Falcão, fls. 74/82, manifestou-se pela confirmação da r. sentença.

Conheço do reexame e do recurso, presentes suas condições de admissibilidade.

Consta dos autos, de acordo com as informações prestadas pela autoridade coatora à fl. 28, que o CRLV do aludido veículo fora expedido em 02.08.2002.

A aplicação das multas de trânsito, conforme lembrado nas razões recursais, consiste em exercício regular do poder de polícia da Administração Pública, que deve, para tanto, seguir o procedimento previsto em lei, determinando a notificação do infrator para, querendo, exercer o seu direito constitucional de defesa. Condicionar a emissão do certificado de registro e licenciamento (CRLV), prevista no art. 131, § 2º, do CTB, à quitação da multa pendente, da qual não foi devidamente notificado o infrator, é procedimento ilegal.

Nos autos, houve a devida notificação, tendo a então impetrante exercido o seu direito de defesa com a interposição de recursos administrativos. A notificação tem o condão de possibilitar ao autuado o exercício do direito constitucional de defesa, como bem salientado na r. sentença. Assim, a interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade da multa e todos os seus demais efeitos, quando não julgado pelo órgão competente dentro do prazo legal.

No caso, das quatro multas que possui o veículo, duas foram quitadas e duas se encontram, de fato, em discussão na via administrativa, pendentes de julgamento dos respectivos recursos, não sendo permitido ao órgão competente considerá-las óbice para a emissão do certificado de registro e licenciamento, assim como para a transferência do veículo.

Se o Código de Trânsito Brasileiro, em observância ao princípio da presunção de inocência, facultava ao infrator recorrer da multa que lhe foi imposta sem efetuar o seu recolhimento, de acordo com o art. 286, não pode a autoridade administrativa exigir, através de meio indireto, qual seja, a negativa de concessão de documento de porte obrigatório, que é o certificado de licenciamento anual, o recolhimento de multa cujo recurso ainda não foi apreciado. Assim têm sido as decisões dos Tribunais acerca da matéria:

Mandado de segurança - Renovação de licenciamento de veículo. Exigência de multa sem definição na esfera administrativa. Incabimento. Honorários advocatícios. Condenação Inadmissível. - Súmula 105 do STJ. - A jurisprudência recusa à autoridade de trânsito condicionar o licenciamento de veículos à quitação de multa objeto de discussão administrativa ainda não resolvida. Na ação de mandado de segurança não se admitem honorários advocatícios. (REsp 56.248-RS - 2ª - Rel. Ministro Hélio Mosimann - DJU 12.12.94, in *Revista Jurídica*).

Mandado de segurança - Administrativo - Licenciamento de veículo - Multa - Processo Administrativo pendente de julgamento. - É ilegal a recusa da autoridade em efetivar o licenciamento de veículo, ao argumento de existir multa por infração de trânsito não paga, momento quando há recurso administrativo pendente de julgamento, com prazo já escoado. Não procede o pedido de cancelamento de multas quando estas foram praticadas por terceiro (TJMG - AC 199.642-0/00 - 5ª C. Cível, Rel. Des. José Francisco Bueno - j. em 14.12.2000).

Ante tais fundamentos, julgo prejudicada a apelação e, em reexame necessário, mantenho inalterada a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

Custas, ex lege.

O Sr. Des. Corrêa De Mairins - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

PARTILHA - HERANÇA - RENÚNCIA - ESCRITURA PÚBLICA OU TERMO JUDICIAL - FORMALIZAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE - SENTENÇA - LIMITES DO PEDIDO - NÃO-EXTRAPOLAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTIMAÇÃO PARA OS TERMOS DA AÇÃO - NÃO-INTERVENÇÃO - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE

- Se o Ministério Público foi regularmente intimado para os termos da ação, a ausência de sua intervenção no processo, devido a eventual omissão, engano ou displicência por parte dele, não causa nulidade, uma vez que o CPC se contenta com a intimação para a validade do processo, não exigindo que a intervenção ministerial seja real, eficaz ou proveitosa.

- Quando a sentença prolatada pelo juiz for mera consequência do acolhimento do pedido principal, é de se rejeitar a preliminar de nulidade da decisão, ao argumento de esta ter extrapolado os limites do pedido.

- É substância do ato de renúncia à herança constar expressamente de escritura pública ou termo judicial. A ausência dessa formalidade para manifestar a vontade do declarante implica nulidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 283.578-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação declaratória de nulidade - Partilha - Ato de renúncia - Ausência de formalização - Procedência do pedido - Recurso - Preliminares de nulidade da decisão - Rejeição destas - Aplicação do disposto no art. 1.581 do Código Civil - Improvimento deste. - 1. O CPC contenta-se com a intimação do Ministério Público para a validade do processo, não exigindo que sua intervenção seja real, eficaz ou proveitosa, não causando nulidade eventual omissão, engano ou displicência de seu representante. - 2. Sendo a decisão prolatada pelo d. Juiz mera consequência do acolhimento do pedido principal, é de se rejeitar preliminar de nulidade da decisão de ter esta extrapolado os limites do pedido. - 3. É da substância do ato que a renúncia da herança seja formalizada em escritura pública ou termo judicial, segundo a clara definição do art. 1.581 do Código Civil, cujo não-atendimento implica sua nulidade. - 4. Rejeição das preliminares e não-provimento do recurso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de março de 2003. - Célio César Paduani - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de apelação manifestada por José Antônio de Azevedo contra a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Sucessões e Ausência da Comarca de

Belo Horizonte, que, nos autos da ação declaratória de nulidade de partilha a ele proposta por Márcia França de Azevedo e Marcilene França de Azevedo, julgou procedente o pedido, reconhecendo e decretando

a nulidade do inexistente ato de renúncia pretendido pelo réu, pai das autoras, decretando, por conseguinte, a nulidade dos atos subsequentes constantes do respectivo inventário, no que tange à pretensa renúncia.

Outrossim, condenou o apelante à restituição dos valores contemplados, devidamente corrigidos, sob pena de serem debitados em sua meação, oportunamente.

A r. decisão afastou a pretendida condenação das autoras/apeladas como litigantes de má-fé pelas mesmas razões que autorizaram a procedência dos pedidos.

Por fim, condenou o recorrente a suportar todos os encargos processuais, inclusive honorários advocatícios, arbitrados estes no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, fixado em R\$22.236,72 (vinte e dois mil, duzentos e trinta e seis reais e setenta e dois centavos), segundo julgado de fl. 40 dos autos em apenso de impugnação (nº 143.459-6/00).

Da decisão foram interpostos embargos declaratórios (fls. 94/95), tendo sido estes rejeitados mediante decisão de fl. 96.

Irresignado, da r. decisão recorre José Antônio de Azevedo (fls. 97/103), objetivando a reforma da decisão, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos constantes da inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

O recurso viu-se contra-arrazoado mediante as razões de fls. 106/107.

Instada a manifestar-se no feito, a d. Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer de fls. 115/126, pugnando, em sede de preliminar, pela nulidade do feito, ante a ausência de intervenção ministerial, bem como a nulidade do decisório, por ter este extrapolado "os limites do pedido, atingindo situações protegidas pela coisa julgada".

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, aos pressupostos e condições que regem sua admissibilidade.

Conforme consta da parte expositiva, cuida-se de ação declaratória de nulidade proposta pelas ora apeladas em desfavor de seu genitor, ora apelante, à alegação de que tramitaram perante o Juízo da 1ª Vara de Sucessões e Ausência da Comarca de Belo Horizonte os autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento de Maria da Consolação França de Azevedo, mãe das autoras e esposa do apelante, sob o nº 765.393-3/91.

Para tanto, aduzem que, à época, firmaram um documento particular de renúncia pura e simples, sendo que os bens por elas descritos jamais vieram aos seus patrimônios, nem sequer os numerários levantados, advindo-lhes com flagrantes prejuízos e criando um clima de dissabor entre pai e filhas, sendo tal documento "fruto de erro substancial", em razão de vício de vontade, bem como por representar a disposição de todos os bens das autoras, sob a forma de doação, sem reserva para sua sustentação pessoal, situação expressamente vedada pelo artigo 1.175 do Código Civil.

Em contestação, alega o recorrente a impossibilidade da procedência do pedido, tendo em vista que as autoras "renunciaram tão-somente à parte referente ao numerário, permanecendo incólume o seu direito ao bem imóvel do espólio, que também a elas tocou na partilha", tendo sido o termo de renúncia implicitamente homologado pelo Juízo, quando da homologação da partilha.

Inicialmente, é de se rejeitar a preliminar de nulidade da decisão suscitada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, por ausência de manifestação ministerial em primeiro grau.

Primeiro, porque, como se vê à fl. 84, foi o Ministério Público regularmente intimado para manifestação, tendo assim se pronunciado: "inexistindo herdeiros menores ou incapazes bem como testamento, entendo, s. m. j., desnecessária a intervenção ministerial", e, se assim procedeu, foi porque o quis, não podendo as partes ficar no aguardo de seu pronunciamento.

A corroborar esse entendimento, a seguinte jurisprudência:

O CPC contenta-se com a intimação para a validade do processo. Não exige que a intervenção do MP seja real, eficaz ou proveitosa. Eventual omissão, engano ou displicência do representante do MP não são causa de nulidade (RT, 572/73; RJTJESP, 78/166).

Segundo, porque, quanto ao mérito, expressamente se manifestou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, suprimindo eventuais falhas.

Verifica-se, pois, que, em verdade, não ocorreu a alegada nulidade processual, porquanto tal somente seria patente caso o Ministério Público não fosse intimado pessoalmente, para qualquer ato do processo, o que não ocorreu, visto que, como se disse, foi ele devidamente intimado para os termos da ação.

Rejeito, pois, essa preliminar.

Quanto à segunda preliminar suscitada, de nulidade da decisão por ter esta extrapolado os limites do pedido, também esta é de ser rejeitada.

In casu, pretenderam as autoras/apeladas a nulidade da renúncia, sob a alegação de ausência de lavratura do termo judicial (CC, art. 1.581), por vício de vontade, já que foram induzidas a erro (CC, art. 86) e, por fim, nulidade do ato, tendo em vista o disposto no art. 1.175 do Código Civil, que veda a disposição de todo o patrimônio sem deixar o necessário à sua própria subsistência.

Assim, a determinação da r. sentença no sentido de decretar a nulidade dos atos subsequentes constantes do respectivo inventário, no que tange à renúncia pretendida, é mera consequência do pedido inicial.

Rejeito, pois, mais essa preliminar.

No que pertine ao mérito, deflui da análise das peças acostadas aos autos do inventário que, após as primeiras declarações (fls. 11/12), encontra-se o "termo de renúncia" firmado pelas apeladas, e com firma reconhecida, "tão-somente com referência às

importâncias em dinheiro e/ou depositadas em estabelecimentos bancários em contas-correntes remuneradas, poupança e outros tipos de aplicação", restando incólume a parte imobiliária.

Preceitua o artigo 1581 do Código Civil que:

Art. 1.581. A aceitação da herança pode ser expressa ou tácita; a renúncia, porém, deverá constar, expressamente, de escritura pública, ou termo judicial.

É o que leciona MARCO AURÉLIO S. VIANA sobre o alcance do retrocitado texto legal, *verbatim*:

Reclama escritura pública ou termo judicial (art. 1.581 do CC). Não é necessária a homologação por sentença, como querem alguns, pois se trata de declaração unilateral de vontade, que é completada por si mesma. A sua eficácia depende somente da expressão da vontade do declarante. A forma é requisito *ad substantiam* do ato, implicando em nulidade sua inobservância. A escritura poderá ser lavrada por notário de qualquer localidade. O termo pode ser colhido em qualquer ação em que se demande a respeito da herança, e não necessariamente nos autos do inventário (*Curso de Direito Civil*, Del Rey Editora, 1994, v. 6, p. 49).

mente nos autos do inventário (*Curso de Direito Civil*, Del Rey Editora, 1994, v. 6, p. 49).

Assim, ante a ausência de renúncia válida, posto que não formalizada, a manifestação de vontade das autoras, a nulidade do inventário também se impõe a partir de fls. 36, razão pela qual nenhum reparo está a merecer a r. decisão.

Com essas razões de decidir, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a r. sentença recorrida, aos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

É o voto.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE - RÉU REVEL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - IMPOSSIBILIDADE - PENA - DIMINUIÇÃO - ATENUANTE DA MENORIDADE - CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - VEDAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL

- A suspensão condicional do processo tem como fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade assumidos pelo réu no ato da audiência. Assim, não é possível aplicar-se esse benefício se o réu é revel e lhe são desfavoráveis as circunstâncias judiciais.

- Nos crimes contra pessoas, cometidos com extrema violência, a pena-base não pode situar-se no mínimo legal. Entretanto, quando for o caso, deve ser considerada a atenuante de menoridade do agente para diminuir-se a pena.

- A teor do art. 44, I, do Código Penal, é vedada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

- Atendidas as exigências legais e desde que corretamente aplicado, é de se manter a concessão do *sursis*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 302.607-7/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Lesões corporais de natureza grave - Aplicação da suspensão condicional do processo - Réu revel - Impossibilidade - Reexame de provas - Autoria e materialidade comprovadas -

Dosimetria da pena - Não-consideração da atenuante da menoridade na sentença - *Sursis* - Dá-se provimento parcial ao recurso. - Não é possível a concessão da suspensão condicional do processo se o réu

é revel e lhe são desfavoráveis as circunstâncias judiciais. - Na 2ª fase da dosimetria da pena, impõe-se sua diminuição pelo reconhecimento da atenuante da menoridade.

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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - *Gomes Lima* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Gomes Lima* - Na Comarca de Montes Claros-MG, Warley Alves de Oliveira foi condenado como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, inciso I, c/c o art. 61, inciso II, letra a, ambos do Código Penal, sendo apenado com dois (2) anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe concedida suspensão condicional da pena, por dois (2) anos, mediante o cumprimento das condições fixadas na sentença, tudo porque, em 04 de fevereiro de 1998, na Rua Juramento, o denunciado arremessou um tijolo contra a vítima Glória Santos Pereira, causando-lhe lesões corporais das quais resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta (30) dias.

Inconformado, apelou Warley, alegando que faz jus à suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o que não lhe foi concedido; que a sentença carece de proporcionalidade pela fixação da pena-base acima do mínimo; que o apelante é primário; que não houve nova infração após os fatos; que não foi considerada a atenuante da confissão espontânea nem a menoridade do apelante; pretendendo, ao final, a fixação da pena no mínimo legal.

Contra-razões às fls. 61-64-TJ.

Os autos foram ter ao egrégio Tribunal de Alcáida de Minas Gerais, onde foi declinada a competência em favor deste Tribunal, conforme o v. acórdão de fls. 81-84-TJ.

Emitindo parecer às fls. 89 e 90-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer anterior de fls. 69-75-TJ, onde opinou contrariamente à exasperação da pena-base contida na sentença, feita sem justificativa, sem o reconhecimento da atenuante da menoridade.

nuante da confissão espontânea; e que o apelante faz jus à suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

A questão acerca da aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, deve ser examinada como preliminar, já que a concessão do benefício implicaria a suspensão da eficácia dos atos processuais posteriores.

O crime pelo qual foi condenado o apelante possui pena mínima *in abstracto* cominada em um (1) ano de reclusão, o que satisfaz o requisito objetivo para a concessão do benefício.

No entanto, a análise das circunstâncias previstas no art. 77, inciso II, do Código Penal não é favorável ao recorrente. Noticiam os autos que, anteriormente, teria o réu desferido facadas em Cintia Santos Pereira, filha da vítima, ferindo-a, além da existência de inquéritos e processos judiciais contra si, conforme se verifica às fls. 25 e 40-TJ, que, se não constituem antecedentes nem reincidência, são indícios de má conduta social e personalidade voltada ao crime, o que, por si só, autoriza seja o apelante levado a julgamento.

Saliente-se que essa análise é exercida sem qualquer juízo de culpabilidade, apenas levando-se em conta o poder de cautela do juiz e o direito da sociedade à apuração do delito.

Ainda que assim não fosse, verifica-se às fls. 28, 28-v. e 29-TJ que o apelante, apesar de regularmente citado, não compareceu à audiência de interrogatório, sendo decretada sua revelia, que permaneceu durante toda a instrução processual. Essa atitude do réu não condiz com o espírito de responsabilidade que norteia a suspensão condicional do processo. Dizem ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, em *Juizados Especiais Criminais*, 4ª ed., RT, p. 283:

Se se trata de acusado revel, é impossível a suspensão condicional do processo, que tem como fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade, assumidos em pessoa no ato da audiência. A aceitação da proposta e das condições é ato personalíssimo. Só o acusado sabe o que lhe é mais vantajoso. Sua aceitação, de outro lado, deve dar-se na presença do juiz (art. 89, § 1º). É ele

quem tem que assumir as condições. O juiz tem que ouvir (oralidade) sua manifestação livre e consciente. Tudo isso nos revela que, não estando presente o acusado, é absolutamente impossível a suspensão condicional do processo.

Rejeito esta preliminar.

Prestando declarações às fls. 15 e 16-TJ, o apelante confessa a autoria das lesões corporais e, tendo permanecido revel durante a instrução processual, inexistindo provas em sentido contrário, resta comprovada a autoria.

O *acd* de fls. 08-10-TJ comprova que, das lesões sofridas, resultou para a vítima incapacidade para o exercício de suas funções normais por mais de trinta (30) dias. O mesmo foi dito pela testemunha Isabel Gonçalves Dias, à fl. 37-TJ, e pela própria vítima à fl. 38-TJ, o que comprova a materialidade do delito.

Em relação à pena aplicada, deve-se esclarecer que os inquéritos e processos findos noticiados às fls. 28 e 40-TJ não traduzem antecedentes ou reincidência em desfavor do apelante, sendo o mesmo primário. Estabelecida por maioria de votos de nosso Grupo de Câmaras Criminais, a Súmula 43 diz que:

Se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal.

Esta súmula não é determinativa, é recomendadora.

O que se tem, no presente caso, é que o apelante, ao se encontrar com a vítima e sua filha, sua ex-namorada, simplesmente investiu contra elas, atacando-as com um tijolo, tendo atingido a vítima, que partira em defesa de sua filha, causando as lesões noticiadas.

Data venia, existem circunstâncias em que não há como sobrepor primariedade e bons antecedentes à intensa culpabilidade do agente, ou seja:

O elemento normativo do dolo é a consciência da ilicitude que, estando presente, possibilita o juízo de censura de culpabilidade. Ora, o dolo, mais a consciência da ilicitude, é precisamente o do mau, isto é, o agente age voluntariamente, com previsão de resultado e, além disso, persegue um fim que sabe ilícito (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, S. Paulo, 5ª ed., 7ª tiragem, 2000, p. 224).

Ora, a pena tem como finalidade punir o infra-

tor, ao mesmo tempo em que o reeduca socialmente; destina-se também a demonstrar à sociedade o que resulta de uma prática criminosa.

Tenho como evidente que, em casos como este, dar maior relevância aos antecedentes que à culpabilidade é demonstrar à comunidade, sobretudo local, que crimes como os narrados nos autos, de extrema violência contra pessoas, não merecem maior apenação, o que não me parece bom nem aconselhável, não podendo a pena-base situar-se no mínimo legal.

Os depoimentos prestados às fls. 12 e 13, 14 e 15, 16 e 17, 20 e 21, 35, 36, 37 e 38-TJ confirmam possuir o apelante má conduta social e personalidade voltada ao crime. As circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima não militam contra ele, enquanto o motivo deverá ser considerado na fase seguinte da aplicação, para que se evite *bis in idem*.

Assim, andou bem o Sentenciante ao fixar a pena-base referente ao crime em dois (2) anos de reclusão. As circunstâncias agravante e atenuante do motivo fútil ou torpe e da confissão se compensam, por terem ambas natureza subjetiva. Entretanto, equivocou-se ao não considerar a atenuante da menoridade do agente. Assim, fica a pena diminuída em quatro (4) meses, concretizando-se em um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, à falta de agravantes e atenuantes e outras causas de aumento e diminuição.

Quanto à substituição da pena, veda-a o art. 44, inciso I, do C. Penal, já que o crime foi cometido com violência.

Mantenho a concessão da suspensão condicional da pena feita pelo Magistrado *a quo*, por entendê-la corretamente aplicada.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, fixando a pena a ser cumprida pelo apelante em um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, em regime aberto, mantida quanto ao mais a r. sentença.

Custas, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª *Jane Silva* - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

PRISÃO PREVENTIVA - PRISÃO EM FLAGRANTE - PEDIDO DE RELAXAMENTO - INDEFERIMENTO - DESPACHO - FUNDAMENTAÇÃO - FORMAÇÃO DE QUADRILHA - ROUBO DE VEÍCULO E DE CARGA - DANOS À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE

- O despacho que indefere pedido de relaxamento de prisão em flagrante e denega a liberdade provisória não precisa ser extenso, bastando que se demonstre a necessidade de manutenção da prisão.

- A prisão em flagrante e a preventiva, sendo de natureza cautelar, justificam-se para garantir a aplicação da lei penal e evitar prováveis danos à ordem pública, principalmente quando se trata de delito envolvendo roubo de veículo e de carga cometido por quadrilha, prática que vem trazendo instabilidade à população e aos caminhoneiros. Nessa hipótese, a prisão dos agentes deve permanecer, não se podendo conceder a liberdade provisória, a fim de que a ordem social e a econômica sejam garantidas.

- Residência e trabalho fixos, por si sós, não autorizam a concessão da liberdade provisória, se as circunstâncias do crime e suas condições objetivas e subjetivas justificam a prisão preventiva.

- O fato de o crime não ser hediondo não impede a prisão cautelar.

- O deferimento da liberdade provisória ao co-réu não implica ofensa ao princípio da igualdade nem tem o condão de beneficiar os demais acusados, uma vez que tal benefício também é concedido em face de requisitos de natureza subjetiva.

HABEAS CORPUS Nº 335.285-3/00 - Comarca de Sabará - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão em flagrante - Fundamentação - Ordem pública e econômica - Quadrilha e roubo de veículos e cargas. - O despacho que indefere o relaxamento da prisão e a liberdade provisória não precisa ser extenso, bastando que demonstre a necessidade de manutenção da prisão. - Havendo prova da materialidade e fortes indícios da autoria, justifica-se a prisão preventiva, principalmente quando o delito, em tese, praticado é o de roubo de veículos e cargas e formação de quadrilha - Ordem denegada.

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, 06 de maio de 2003. - Jane Silva - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo paciente, o Dr. Simião Rezende Moreira.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Santiago, através de sua advogada regularmente constituída, alegando estar sofrendo coação ilegal exercida pelo MM. Juiz

da 1ª Vara de Sabará, Minas Gerais, que negou o relaxamento de sua prisão, ao argumento de que inexistem motivos a ensejar sua custódia preventiva, que o despacho que decretou sua prisão não foi fundamentado e, também, que se encontra sendo processado pela prática dos delitos previstos nos artigos 180 e 288 do Código Penal, sendo que, caso venha a ser condenado, suas penas não excederão a 04 anos, fazendo jus, assim, à aplicação de pena alternativa, o que lhe permitiria cumprir as sanções impostas em liberdade.

Requerida liminar, foi esta negada por esta Relatora, nos termos do despacho de fl. 161.

Requisitadas as informações, foram devidamente prestadas pela autoridade apontada coatora às fls. 165/166, acompanhadas dos documentos acostados às fls. 167/173, esclarecendo que o ora paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, c/c artigo 29 e 288, todos do Código Penal, e que sua liberdade colocaria em risco a ordem pública e econômica.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação acostada às fls. 175/182, opina pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

A defesa alega, primeiramente, que o despacho que indeferiu o pedido de relaxamento da prisão

não foi fundamentado. Ora, estamos diante de prisão em virtude de flagrante, não sendo imprescindível extensa fundamentação na decisão que denega a liberdade provisória, o que é obrigatório quando o juiz decreta a prisão preventiva, o que não ocorreu no presente caso, onde houve apenas a ratificação do flagrante.

Examinei cuidadosamente os autos e entendo que não assiste razão ao impetrante, pois os crimes pelos quais foi denunciado são de extrema gravidade e o que deve ser considerado, para exame da possibilidade da concessão da liberdade provisória, abrangendo outros aspectos, notadamente se estão presentes os requisitos autorizadores da prisão provisória.

Ora, a prisão em flagrante e a preventiva, sendo de natureza cautelar, justificam-se principalmente para garantir a aplicação da lei penal e evitarem-se prováveis danos à ordem pública, principalmente quando se trata de delito como o que ora se apura, envolvendo roubo de veículos e carga, prática que vem aumentando e trazendo instabilidade à população e aos caminhoneiros.

Tais prisões não atentam contra a presunção constitucional de não-culpabilidade, presente também em pacto internacional ao qual o Brasil deu sua expressão anuência, pois o preceito contido na Carta de 1988 deve ser confrontado com aquele que permite, expressamente, a prisão em flagrante e a preventiva.

O simples fato de o impetrante ter residência e trabalho fixos não pressupõe a concessão da liberdade provisória, assim como não ser o crime hediondo não impede a prisão cautelar.

Neste sentido já se manifestou o STF:

Esta Corte tem entendido que, apesar de o réu ter bons antecedentes e de gozar, até o instante do delito, de idoneidade moral presumida, esta 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 nº 65.827-ES - 1ª Turma - Rel. Min. Moreira Alves - DJU de 11.03.1998).

A manutenção do paciente na prisão não nos parece injusta, não podendo ser revogada, principal-

mente por haver notícia nos autos - denúncia - de que o réu integra uma quadrilha especializada em roubo de caminhões que transportam queijos e laticínios no Vale do Mucuri. A sensação de insegurança deve ser considerada, evitando-se a soltura de pacientes presos em flagrante por crimes violentos, principalmente quando praticados por quadrilhas especializadas, em que os agentes apresentam intensa e efetiva participação na ação criminosa, evidenciando que a ordem social e econômica poderão ficar comprometidas com a liberdade provisória do paciente.

Assim, a formação de grupos com a finalidade de garantir o sucesso na execução e resultado de reiterados crimes de roubo de carga deve ser reprimida de todas as maneiras legítimas. Portanto, em liberdade, o paciente vinha colocando em risco a ordem pública, pois, segundo o entendimento de TOURINHO FILHO:

Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, 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 reunido em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública (Processo Penal - São Paulo: Saraiva, 1986, v. III, p. 423) (grifo nosso).

Por fim, cumpre-nos ressaltar que o deferimento da liberdade provisória ao co-réu não implica ofensa ao princípio da igualdade e muito menos tem o condão de beneficiar o paciente. É por demais sabido que o citado benefício também é concedido em face de requisitos de natureza subjetiva, não gerando qualquer direito líquido e certo para os demais acusados.

Não existe coação ilegal até o presente momento.

Ante tais fundamentos, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Cameiro - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

ESTUPRO - REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO - PROGRESSÃO - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90

- O estupro, ainda que praticado nas suas formas simples, o que inclui violência presumida, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, é considerado crime hediondo, devendo o seu autor sujeitar-se ao cumprimento da pena integralmente em regime fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, regime este que, conforme entendimento já pacificado pelo STF, guarda perfeita consonância com o art. 5º, XLIII, da CF/88, que estabelece princípios rigorosos no trato desses crimes.

AGRAVO Nº 310.608-5/00 - Comarca de Aiuruoca - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Recurso de agravo - Regime prisional - Progressão - Descabimento - Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º. - Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o integralmente fechado, desca-bendo progressão. - Preceito legal declarado compati-vel com a atual Constituição Federal pelo STF. Recurso ministerial conhecido, mas desprovido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de abril de 2003. - Odilon Ferreira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Cuida-se de recurso de agravo interposto pelo Ministério Público, através de seu representante, junto à Comarca de Aiuruoca, contra a decisão vista em cópia à fl. 35, que indeferiu a pretensão do sentenciado Rosemauro Batista de Lacerda de obter progressão de regime, no feito em que o mesmo se viu condena-do à pena de 06 anos de reclusão, em regime inte-gralmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 213 do Código Penal.

Sustenta o recorrente ser inconstitucional o parágrafo primeiro do art. 2º da Lei 8.072/90. Segundo ele, ao estabelecer que as penas pelos cri-mes ali previstos são cumpridas em regime fechado integral, a referida lei afrontou com um único golpe a limitação contida no inciso XLIII e a individualização da pena consagrada no inciso XLVI, ambos do art. 5º da Constituição Federal. Salienta que negar o direito do condenado à progressão no regime de cumpri-mento de sua pena é dizer não ao texto maior, é con-trariar a teoria da nova defesa social, partindo da errônea afirmação de que os autores de crimes hediondos são verdadeiras bestas, autênticos espec-tros humanos, totalmente insensíveis a qualquer

tentativa de ressocialização. E, tendo como base de sustentação alguns julgados dos Tribunais Superiores, afirma que o crime praticado pelo sen-tenciado não pode ser classificado como hediondo.

Também alega que, a despeito da decisão que estabeleceu o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, não há nos autos prova de que a vítima tenha sofrido lesão corporal grave no presen-te caso. Assim, requer a decretação da nulidade da decisão combatida, reconhecida a inconstitucionalida-de apontada, para permitir ao sentenciado, porquanto preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, pas-sar para o regime mais brando de cumprimento da pena, com direito ao trabalho externo. E, reiterando o parecer de fls., requer o deferimento liminar do pedido.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu despro-vimento opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, sendo de se registrar que mantida foi, no juízo de retratação, a r. decisão recorrida.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupos-tos de sua admissibilidade.

Razão não assiste ao combativo órgão do recorrente.

Conforme já afirmei por reiteradas vezes, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabe-lece no seu art. 2º, parágrafo primeiro, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regi-me integralmente fechado.

E a iterativa e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no senti-do de que, embora dissonante do sistema preconiza-do no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execuções Penais, os quais estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberda-de, não há inconstitucionalidade alguma na referida lei, que dispõe sobre os crimes hediondos, na parte em que preconiza o regime fechado integral, já que o texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII) estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal também já dei-xou consignado que:

Não ofende o disposto nos incisos XLVI e XLVIII do art. 5º da CF, sobre individualização e execuções de penas, a determinação contida na norma impugna-da, sobre o cumprimento de pena integralmente em regime fechado (RT, 722/583).

Em decisão mais recente, deixou consignado o STJ que:

A Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, impõe nos denomi-nados crimes hediondos o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do HC nº 69.603 (REsp 341.189/SP - Recurso Especial - Rel. Min. Fernando Gonçalves - julgado em 04.12.2001 - publicado no DJ de 18.02.2002).

E, muito embora por certo tempo tenha preva-lcido o entendimento de que o estupro praticado na sua forma simples ou com violência presumida não haveria de ser considerado crime hediondo, hoje, considerando-se as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores, não existe mais nenhuma dúvi-da de que, ainda que de tais crimes não resulte lesão grave ou morte, prevalece a sua hediondez.

Inclusive, deixou consignado o STJ que:

Acerca dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o Excelso Pretório proclamou que os refe-ridos delitos, nas suas formas simples, o que inclui violência presumida, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, são conside-rados hediondos (HC 81.288/SC - Rel. Ministro Carlos Velloso). De outra parte, conforme diretriz do STF e do STJ, a Lei 9.455/97, que versa acerca do crime de tortura 'não se aplica, em sede do art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90, a outros crimes' (REsp 401.947/MG, julgado em 07.11.2002, publicado no DJ em 02.12.2002, p. 00338).

Também ali se decidiu que:

A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei nº 8.072/90 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a pro-gressão (REsp 316.023/SP - julgado em 15.10.2002 - Rel. Ministro Gilson Dipp - publicado no DJ de 11.11.2002 - p. 00246).

Em decisão mais recente, assim proclamou:

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Forma simples. Violência real ou presumida. Crimes hediondos. Progressão de regime prisional. Incabimento. Ordem denegada.

- 1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores fir-mou-se no entendimento de que a natureza hedionda comunica-se a todas as formas de estupro e atenta-do violento ao pudor, e não apenas às suas formas qualificadas (art. 1º, incisos V e VI, da Lei 8.072/90).

- 2. Ordem denegada (in HC 25.635/SP - julgado em 20.02.03 - publicado no DJ de 17.03.03 - p. 00294 - Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Nesse mesmo sentido, vem orientando o Supremo Tribunal Federal, que recentemente assim decidiu:

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos. - O plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capi-tulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais deles decorrentes (HC 81.288, Relator para o acór-dão Min. Velloso). Inviável, a desclassificação. *Habeas* indeferido (81.891/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 21.06.2002).

E mais:

Habeas corpus - Estupro - Atentado violento ao pudor - Tipo penal básico ou forma simples - Inocorrência de lesões corporais graves ou do evento morte - Caracterização, ainda assim, da natureza hedionda de tais ilícitos penais (Lei 8.072/90) - Legitimidade das restrições fundadas na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º) - Pedido indeferido. - Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hedion-do, legitimando-se, em consequência, a incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º), mostrando-se inexistente, para esse específico efeito, que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, pois tais eventos tradu-zem resultados meramente qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo dessas infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina (HC nº 81.277/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 21.06.2002).

E, ainda que assim não fosse, tem-se que o acórdão visto em cópia às fls. 160/170, por mim rela-tado e contra o qual não se insurgiu o agravante, proibiu expressamente a possibilidade de progres-são, ao estabelecer que a pena seria cumprida em regime integralmente fechado, fazendo-o de confor-midade com jurisprudência uniforme a respeito da matéria e que, posteriormente, veio a ser modificada por alguns julgados.

Esta disposição contida naquela decisão não pode mais ser modificada, porquanto houve o trânsito em julgado, sem reclamação da defesa.

Como deixou claro o Des. Kelsen Carneiro, no julgamento do Recurso de Agravo nº 285.657-3.00,

prolatada a decisão em limites determinados no seu dispositivo e uma vez esgotadas todas as vias que poderiam modificá-la, torna-se imutável e, formada a coisa julgada, não pode mais ser alterada, mormente quando conflitantes são os pontos de vista a respeito do assunto, circunstância que afasta o entendimento da existência de constrangimento ilegal.

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - USO DE DOCUMENTOS FALSO - SUBSTITUIÇÃO DE FOTOGRAFIA - AUTOR DA FALSIFICAÇÃO - UTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO - UNIDADE DELITIVA - ART. 304 DO CP - ABSORÇÃO PELO DELITO DO ART. 297 DO CP - PRINCÍPIO DA CONSUMÇÃO - USO DE IDENTIDADE ALHEIA (ART. 308 DO CP) - INOCORRÊNCIA

- Em face do princípio da consumção, a conduta delituosa descrita no art. 297 absorve aquela prevista no art. 304 do CP, quando o documento falsificado é utilizado pelo próprio autor da falsificação, pois o uso de documento público, em tal circunstância, funciona como pós-fato não punível. Portanto, se o agente retira a fotografia do verdadeiro proprietário do documento e coloca a sua no lugar, passando, em seguida, a usar dito documento, deve responder tão-somente pelo delito previsto no art. 297 (falsificação de documento público).

- A substituição de fotografia de documento verdadeiro constitui alteração de documento público, sendo uma das modalidades das condutas típicas do art. 297 do CP. Assim, mostra-se equivocada a condenação do agente pelo crime previsto no art. 308 do mesmo Código (uso de identidade alheia).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 297.302-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Falsificação de documento e uso de documento falso - Certificado de dispensa de incorporação militar - Substituição de fotografia - Inocorrência do delito de uso de identidade alheia (art. 308, CP) - Incidência do art. 297, c/c art. 304, CP. Unidade delitiva - Agente que responde apenas pelo falso - Uso considerado como pós-fato não punível - Recurso provido - Condenação no art. 297 do Código Penal. - Se o réu falsifica Certificado de Dispensa de Incorporação Militar, substituindo a fotografia original pela sua, passando, em seguida, a usar o documento, deve responder tão-somente pelo delito previsto no art. 297 do Código Penal.

Acórdão

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

Assim, nenhuma crítica está a merecer a decisão da Magistrada de primeiro grau, vista em cópia à fl. 35, que indeferiu a pretensão do condenado Rosemauro Batista de Lacerda, que se viu incurso nas iras do art. 213 do Código Penal, de obter a progressão de regime.

Com esses fundamentos, desnecessários outros, nego provimento ao agravo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - Kelsen Carneiro - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Delvay José Mendes foi denunciado como incurso no art. 304 do Código Penal, porque, no dia 27 de agosto de 2001, por volta das 10h, no Beco Francelino, favela São José, nesta Capital, ao ser abordado para averiguações pela Polícia Civil, identificou-se como sendo Reinaldo da Costa Gomes, apresentando Certificado de Dispensa de Incorporação Militar, que falsificou ao retirar a fotografia do verdadeiro proprietário do documento e colocar a sua no lugar.

Concluída a instrução, o MM. Juiz a quo julgou, em parte, procedente a denúncia, para condenar o réu como incurso no art. 308 do Código Penal, impondo-lhe a pena de 06 meses de detenção, no regime aberto, mais pagamento de 06 dias-multa.

Inconformada, recorreu a Promotora de Justiça, pretendendo a condenação do acusado nas sanções do art. 297 do Código Penal. Alega que o crime por ele cometido foi o de falsificação de documento público, que absorveu o de uso de documento falso, que, no caso, constituiu pós-fato impunível. Sustenta que, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz, tanto o primeiro como o segundo delito foram devidamente descritos na denúncia, e que, ao propugnar nas alegações finais pela condenação do acusado naquela infração (art. 297, CP), não houve proposta de *mutatio libelli*, mas, sim, de *emendatio libelli*.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A Promotora de Justiça recorrente está coberta de razão.

Ao contrário do que entendeu o digno Sentenciante, os crimes previstos nos arts. 297 e 304 do Código Penal foram descritos na denúncia, na qual está consignado que o denunciado apresentou Certificado de Dispensa de Incorporação Militar falso, falsidade por ele perpetrada ao retirar do referido documento a fotografia original e colocar a sua no lugar. Está escrito na peça acusatória:

o denunciado, ao ser abordado para averiguações pela Polícia Civil, forneceu nome de Reinaldo da Costa Gomes e, visando identificar-se, apresentou Certificado de Dispensa de Incorporação, expedido pelo Ministério do Exército, em nome de Reinaldo da Costa Gomes, mas que continha a sua fotografia, tratando-se, portanto, de documento falso.

(...) o denunciado encontrou os documentos pessoais perdidos por Reinaldo da Costa Gomes e, objetivando não ser preso por homicídio que teria praticado no final do ano de 2000, retirou do Certificado de Dispensa de Incorporação a fotografia original, colocando a sua fotografia no lugar... (fl. 02, grifo nosso).

Talvez, por não considerar a substituição de fotografia como falsificação, o MM. Juiz tenha entendido

que não houve descrição da infração do art. 297 do Código Penal e, conseqüentemente, a de uso de documento falso, havendo, tão-somente, a narrativa do crime de uso de documento de identidade alheia (art. 308, CP).

Se for este o caso, o digno magistrado equivocou-se, *data venia*.

Conforme já decidiu o STF:

Sendo a alteração de documento público verdadeiro uma das duas condutas típicas do crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), a substituição de fotografia em documento de identidade dessa natureza caracteriza a alteração dele, que não se cinge apenas ao seu teor escrito, mas que alcança essa modalidade de modificação que, indiscutivelmente, compromete a materialidade e a individualização desse documento verdadeiro, até porque a fotografia constitui parte juridicamente relevante dele (HC 75.690-5, DJU de 3.4.98, p. 4).

Não há dúvida, portanto, de que foram descritos na denúncia tanto o delito do art. 297 como o do 304, mostrando-se equivocada a condenação pelo crime previsto no art. 308 (uso de identidade alheia), que, por seu caráter eminentemente subsidiário, conforme se verifica do preceito sancionador, somente poderia incidir se o fato não configurasse delito de maior gravidade objetiva, o que não é o caso dos autos.

Por outro lado, sendo entendimento dominante, na doutrina e na jurisprudência, que não pode haver concurso entre a falsidade e o uso, resta saber se, no presente caso, o acusado responde pelo crime do art. 297 do Código Penal, como quer a ilustre representante do Ministério Público, ou pelo do art. 304 do mesmo diploma.

A questão é controversa, havendo na jurisprudência entendimentos nos dois sentidos. Não obstante, com o devido respeito aos que pensam em contrário, adoto, com modéstia, orientação segundo a qual, se se reúnem, numa mesma pessoa, o autor da falsidade e o usuário do documento, responde o agente somente pelo crime de falsidade, tratando-se o uso do exaurimento da própria falsificação e, portanto, pós-fato impunível.

Neste sentido, é a lição de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, que ensina:

Se o sujeito falsifica o documento e em seguida usa-o, responde por um só delito: o de falsidade, em qualquer de suas formas típicas (falsificação de documento público ou particular, falsidade ideológica,

etc.). A unidade complexa que, segundo a doutrina, é considerada uma só conduta composta de suas ações simples (falsificar e usar o documento), apresenta os requisitos exigidos para que, na progressão criminosa, seja aplicado o princípio do *post factum* impunível: unidade de objeto material, ofensa ao mesmo bem jurídico (fé pública), de titularidade do mesmo sujeito passivo (o Estado). O delito de fato possui a potencialidade lesiva que o uso do objeto material procura concretizar (*Direito Penal*, 4º v., 2ª ed., 1989, Saraiva, p. 75).

Esse entendimento também é perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, que já decidiu:

O uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um só crime: o do art. 297 do CP. *Habeas corpus* deferido para cassar-se a condenação referente ao art. 304 do mesmo Código (RTJ, 111/232).

No mesmo sentido já decidiu o TJSP:

Fica absorvida a conduta delitosa descrita no art. 304 por aquela prevista no art. 297 do CP, em face do princípio da consunção, se a cédula de identidade falsificada foi utilizada pelo próprio autor da falsificação, pois em tal circunstância o uso de documento público funciona como *post factum* impunível (RT, 769/572).

Sendo assim, impõe-se a condenação do réu no art. 297 do Código Penal.

ROUBO - EMPREGO DE ARMA - USO DE DOCUMENTO FALSO (CNH) - DIREÇÃO INABILITADA - INCIDENTE DE SANIDADE - PENAS ESTABELECIDAS EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - JUSTIFICAÇÃO - PALAVRA DA VÍTIMA - CONFLITO APARENTE DE NORMAS (ARTS. 304 DO CÓDIGO PENAL E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO)

- Não há que se falar em nulidade do processo por ausência da realização do exame de sanidade mental no acusado, quando em nenhum momento foi requerida a realização da perícia nem surgiu qualquer dúvida acerca da capacidade mental do réu.

- A fixação das reprimendas em patamar acima do mínimo legal, quando devidamente justificada, não enseja qualquer nulidade da sentença.

- Em crimes de roubo a palavra da vítima apresenta grande valor probante, principalmente quando descreve com firmeza o *modus operandi* do agente e aponta, estreme de qualquer dúvida, a pessoa que realizou o assalto em seu estabelecimento comercial.

- Há um conflito aparente de normas entre os crimes de direção inabilitada e uso de documento falso (CNH), devendo ser reconhecida a hipótese de progressão criminosa, prevalecendo apenas o crime mais grave, qual seja, aquele descrito no art. 304 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 306.411-0/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Considerando que responde a outros processos por porte de armas e tentativa de homicídio (fl. 52), o que denota tratar-se de pessoa com personalidade voltada para a prática de delitos e de conduta anti-social, fixo a sua pena-base corporal em 02 anos e 03 meses de reclusão, e a pecuniária em 13 dias-multa, aumentando a primeira de 03 meses e a segunda em 03 dias, pela reincidência (fl. 52), concretizando-as, respectivamente, em 02 anos e 06 meses de reclusão e 16 dias-multa, cada dia correspondendo a 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, devidamente corrigido, ficando estabelecido para o cumprimento da privativa de liberdade o regime semi-aberto.

Deixo de conceder ao réu o benefício previsto no art. 44 do Código Penal, por se tratar de reincidente e também em razão das circunstâncias indicarem não ser conveniente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para os fins consignados nesse voto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. *Mercêdo Moreira* - De acordo.

O Sr. Des. *Gomes Lima* - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Ementa oficial: Crimes de roubo com emprego de arma, uso de documento falso (CNH) e direção inabilitada - Incidente de sanidade - Penas estabelecidas em patamar acima do mínimo legal - Justificação - Palavra da vítima - Conflito aparente de normas (arts. 304 do Código Penal e 309 do Código de Trânsito Brasileiro). - Não há que se falar em nulidade do processo por ausência da realização do exame de sanidade mental no acusado, quando em nenhum momento foi requerida a realização da perícia nem surgiu qualquer dúvida acerca da capacidade mental do réu. - A fixação das reprimendas em patamar acima do mínimo legal, quando devidamente justificada, não enseja qualquer nulidade da sentença. - Em crimes de roubo a palavra da vítima apresenta grande valor probante, principalmente quando descreve com firmeza o *modus operandi* do agente e aponta, estreme de qualquer dúvida, a pessoa que realizou o assalto em seu estabelecimento comercial. - Há um conflito aparente de normas entre os crimes de direção inabilitada e uso de documento falso (CNH), devendo ser reconhecida a hipótese da progressão criminosa, prevalecendo apenas o crime mais grave, qual seja, aquele descrito no artigo 304 do Código Penal. Dado parcial provimento ao apelo.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª *Jane Silva* - Otávio Pereira dos Santos Júnior, inconformado com a decisão que o condenou às penas de sete anos e quatro meses de reclusão e seis meses de detenção, em regime semi-aberto, e vinte e três dias-multa, fixada a unidade em seu mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I, e artigo 304, ambos do Código Penal, c/c artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, interpôs o presente apelo, pretendendo em suas confusas razões recursais acostadas às fls. 42/45, preliminarmente, a nulidade do processo e da sentença, ao argumento de que, ao excluir a possibilidade da realização do exame de sanidade mental, o Julgador ofendeu frontalmente o princípio da ampla

defesa e, ainda, que a sentença não apresenta qualquer dispositivo que ensejasse a aplicação de pena tão exacerbada. Pleiteia ainda o trancamento da ação penal e, alternativamente, a absolvição do réu em face de sua inimizabilidade, eis que não entendia o caráter ilícito dos fatos ou a redução das sanções que lhe foram impostas ao seu mínimo legal.

Contra-razões às fls. 46/47, em que se pretende a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de fls. 02/03 que, no dia 02 de janeiro de 1999, por volta das 15h50m, o apelante adentrou no estabelecimento comercial de propriedade de Maria José Marques de Abreu, situado na Rua Padre Diniz Costa, nº 68, Centro de Inhaúma, e de lá, com o uso de um canivete marca Tramontina, com, aproximadamente, 8 cm de lâmina e mediante ameaça de morte à proprietária, subtraiu a quantia de aproximadamente R\$65,00 (sessenta e cinco reais), evadindo-se do local em seguida, em alta velocidade, numa moto vermelha.

Posteriormente, a Polícia foi acionada em virtude de um acidente envolvendo uma moto CG-125, de cor vermelha, placa GTU-9004, que havia acontecido na MG-238. Deslocando-se para o hospital onde se encontrava hospitalizada a vítima, os policiais solicitaram a presença de Maria José, vítima do roubo, vindo esta a reconhecer o condutor da motocicleta como sendo o autor do assalto.

Apreendida a carteira de habilitação do réu por suspeitas de falsificação, em perícia realizada no documento, verificou-se realmente se tratar de documento falso.

O réu foi processado, nos termos do relatório da sentença, que ora adoto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer acostado às fls. 53/54, opina pelo conhecimento e não-provimento do apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, adequado, cabível e presentes os requisitos de processamento.

Quanto à preliminar de nulidade do processo argüida em razão da não-realização do exame de sanidade mental:

Não assiste razão à defesa, ao apontar a presente nulidade, pois em momento algum foi questionada a

sanidade mental de Otávio, não havendo, nos presentes autos, qualquer pedido para a realização do competente exame de sanidade.

Cumpra-se ainda ressaltar que, inexistindo elementos que suscitem dúvidas razoáveis quanto à sanidade mental do réu, não se faz necessária a realização de exame médico-legal, nos termos do disposto no artigo 149 do Código de Processo Penal, de modo que, nesses casos, a não-instauração do incidente de insanidade mental não acarreta a nulidade do feito. Nesse sentido:

Exame de sanidade mental - Seu cabimento - Artigo 149 do Código de Processo Penal. - Só diante de dúvida razoável quanto à integridade mental do acusado, resultante de elementos objetivos, faz-se indispensável o exame médico (TAPR - AP - Rel. Troiano Netto - RT, 632/343).

Rejeito a preliminar arguida.

Quanto à segunda preliminar de nulidade da sentença, por exacerbação das penas impostas:

Igualmente não assiste razão ao recorrente, pois a fixação das penas em patamar acima do mínimo legal, quando justificada na sentença, não acarreta qualquer nulidade, visto que o Magistrado, ao efetuar a individualização das sanções a serem impostas, deixou bem claro por que razão estabelecia tais limites. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que somente a total ausência de fundamentação das penas é capaz de ensejar a nulidade da sentença, mesmo assim quando as sanções estiverem estabelecidas em patamar acima do mínimo legal, hipótese esta que não se encontra presente no caso *sub judice*, pois houve fundamentação mais que suficiente por parte do Sentenciante que justificasse a aplicação do *quantum* imposto ao recorrente.

Cabe ainda ressaltar que está inserido no poder discricionário do juiz determinar o patamar de pena que será imposto ao réu, desde que observado o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Rejeito também esta preliminar.

Finalmente, pede a defesa o trancamento da ação penal, sem especificar quais os motivos que poderiam ensejar seu acolhimento; e, após detida análise dos autos, podemos verificar que todos os requisitos indispensáveis à propositura e prosseguimento da ação penal se encontram presentes, no caso em apreço, pois encontram-se tanto as condições gerais de admissibilidade, quanto aquelas

denominadas especiais, razão pela qual não há que se falar em trancamento da ação penal proposta.

Quanto ao mérito:

Alega o ilustre defensor de Otávio que este, por ser inimputável, não entendia o caráter ilícito dos fatos. Contudo, conforme analisado quando da preliminar suscitada, em momento algum nos presentes autos foi sequer levantada a hipótese de ser o réu incapaz de entender a ilicitude do ato por ele praticado, tanto que não foi determinada a realização de exame pericial.

Cumpra-se, ainda, ressaltar que, praticado um fato típico e antijurídico, é preciso estabelecer se o autor apresentava, no momento da ação ou omissão, certo grau de capacidade psíquica que lhe permitia ter consciência e vontade, no que se denomina *autodeterminação*, pois somente pode ser atribuída a responsabilidade penal de um fato ao autor quando tinha ele condição pessoal de maturidade e sanidade mental que lhe conferia a capacidade de atender ao caráter ilícito do fato e de se determinar conforme esse entendimento.

Voltando ao caso em apreço, vejo que não surge, tanto na fase extrajudicial, quanto em juízo, qualquer dúvida acerca da sanidade mental de Otávio, razão pela qual não há que se falar em absolvição, ao argumento de que era inimputável à época dos fatos.

Quanto à materialidade delitiva, esta se encontra consubstanciada pelo auto de apreensão de fl. 12 e termo de restituição de fl. 13, ambos dos autos em apenso.

No que se refere à autoria, vejo que igualmente restou comprovada, pois, no que se refere ao delito de roubo, além de a *res furtiva* ter sido apreendida em seu poder, o que faz com que este tenha de comprovar sua origem lícita, temos ainda as palavras da vítima, que reconheceu o ora apelante como sendo a pessoa que realizou o assalto em seu estabelecimento comercial.

Vale ainda ressaltar que, nos crimes desta natureza, a palavra da vítima apresenta grande valor probante, principalmente quando descreve, com firmeza, o *modus operandi* dos envolvidos e aponta com segurança o autor do delito, assim como realizado nos presentes autos, onde Maria José Marques Abreu reconheceu, prontamente, Otávio, como sendo o autor do roubo praticado em seu estabelecimento comercial, vindo ainda a narrar de forma coerente e segura toda a empreitada criminosa, o que confere grande credibilidade às suas declarações.

Quanto ao delito de uso de documento falso, descrito no artigo 304 do Código Penal, entendo que restou amplamente configurado, visto que a carteira nacional de habilitação que foi apreendida em seu poder era realmente falsa, conforme descrito no laudo de exame pericial documentoscópico acostado às fls. 23/24 do apenso.

Entretanto, no que diz respeito ao delito previsto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, a direção inabilitada, entendo que não existem razões para subsistir, visto que o crime de uso de CNH falsa (delito mais grave) pressupõe a direção de veículo automotor sem a devida habilitação, ficando por aquele absorvido, em razão da hipótese de progressão criminosa (conflito aparente de normas).

É o que se verifica nas decisões abaixo colacionadas, embora algumas sejam anteriores à vigência do Código Nacional de Trânsito:

Contravenção penal - Artigo 32 - Absorção - Ocorrência - Condenação por uso de documento falso - Aplicação do princípio da consunção - Jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal - Pena reduzida - Recurso parcialmente provido para esse fim. - A contravenção do artigo 32 fica absorvida pelo crime de uso de documento falso, atendendo-se ao princípio da consunção, conforme jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal (TJSP - Apelação Criminal nº 135.912-3 - Itu - Relator: Franco de Godoi - CCrim 3 - v.u. - 21.11.94).

Uso de documento falso - Alegação de ignorância quanto à origem do documento não acolhida - Contravenção de dirigir sem habilitação absorvida pelo crime - Recurso parcialmente provido para afastar absolvição pelo crime de falso (TJSP - Apelação Criminal nº 147.217 -3 - São Paulo - 4ª Câmara Criminal - Relator: Cristiano Leite - 07.08.95 - v.u.).

Concurso de infrações - Uso de documento falso e falta de habilitação para dirigir veículo - Artigo 32 da LCP, que se encontra implicitamente revogado pelo artigo 309 do Código Nacional de Trânsito - Crime de uso de CNH falsa, que, mais severamente apenado, já contém em si a segunda prática delitosa -

Fenômeno jurídico da consunção caracterizado - Solicitação do documento pela autoridade de trânsito - Súmula 48 do TJMG - Caracterização do crime tipificado no artigo 304 do CP - Recurso parcialmente provido para decretar a absolvição quanto à contravenção (TJMG - AP nº 207.760-0 - Rel. Des. Sérgio Resende - julg. em 08.03.2001 - publ. em 21.03.2001).

Por outro lado, mesmo que este não fosse o entendimento majoritário, vejo que o delito previsto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro não restou configurado, pois, para a caracterização do delito de direção inabilitada, após o advento do Código de Trânsito, é imprescindível a ocorrência do perigo de dano a terceiros, hipótese esta que não está presente, no caso em apreço, visto que em momento algum restou comprovado que o recorrente ocasionou qualquer perigo de dano à população local.

Afasta-se, pois, a condenação pelo delito de direção inabilitada, fazendo-se necessário o decote da pena de detenção imposta na sentença.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao presente apelo, para absolver Otávio Pereira dos Santos Júnior da prática do crime previsto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ficando definitivamente condenado às penas de 07 anos e 04 meses de reclusão e 23 dias multa, como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, I, e 304, ambos do Código Penal.

Mantenho as demais determinações da sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

PREFEITO MUNICIPAL - CRIME EM LICITAÇÃO - ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93 - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO IMPUTADO - DENÚNCIA REJEITADA

- Afastada, de plano, a ocorrência dos elementos constitutivos do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, pela prova colhida em procedimento administrativo investigatório instaurado pelo próprio MP, de modo a dispensar qualquer outra apuração, improcedente é a acusação, sendo de se rejeitar a denúncia.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 300.064-3/00 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Prefeito municipal - Crime em licitação - Art. 90 da Lei nº 8.666/93 - Ausência de elementos constitutivos do delito imputado - Denúncia rejeitada.

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 REJEITAR A DENÚNCIA. DECISÃO UNÂNIME.**

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2003. - **Zulman Galdino** - Relator.

Notas taquigráficas

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes o representante do Ministério Público, Dr. Gilvan Alves Franco, que assistiu ao julgamento, e, pelo denunciado, o Dr. Adilson José de Oliveira, que proferiu sustentação oral.

O Sr. Des. **Zulman Galdino** - Ouvi atentamente a sustentação oral proferida pelo ilustre advogado do denunciado e registro que também recebi o memorial em favor deste último.

Dispensando-me de ler relatório, que já consta dos autos, passo à leitura do meu voto.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais denunciou José Orlando Silva e Santos, Prefeito Municipal de Oliveira, como incurso nas sanções do art. 90 da Lei nº 8.666/93, dizendo:

Conforme expediente administrativo incluso, o denunciado José Orlando Silva e Santos, na condição de Prefeito Municipal de Oliveira/MG, aos 19.03.02, firmou contrato administrativo com a empresa Edison Veículos Ltda., para aquisição de um caminhão, destinado à Secretaria Municipal de Obras, baseado-se na Licitação-Convide nº 05/02, cujo caráter competitivo restou frustrado pelo alcaide, em benefício à aludida empresa 'vencedora'.

De acordo com o edital de fls. 12/14, verificou-se que o objeto pretendido pela Administração foi detalhadamente especificado, a partir de minuciosa descrição qualitativa do bem a ser adquirido, em relação ao ano de fabricação, capacidade de carga e potência, o que ensejou a sua indevida singularização, sem, entretanto, mencionar nenhuma justificativa técnica para tanto, como ordena o artigo 7º, § 5º, da Lei 8.666/93.

Com efeito, restou inviabilizado o certame, haja vista ausência do exigível caráter competitivo a bali-

zá-lo, sendo deliberada a intenção do alcaide em conferir vantagens ao proprietário daquele exclusivo bem, a partir da adjudicação do objeto contratual, por meio de licitação 'fabricada' com 'cartas marcadas', em razão da prévia seleção do 'vencedor' do certame.

Destarte, cristalinamente evidente a nulidade do procedimento Licitação-Convide nº 05/02, não só pela mencionada conduta do alcaide, direcionada à abolição da competição entre os pretendentes licitantes, mas também pela falta de publicidade dos atos administrativos praticados em tal procedimento, ausência no edital de menção obrigatória do critério para aceitabilidade das propostas e inexistência de pesquisas de mercado quanto ao preço do referido bem, conforme constatado em parecer técnico exarado às fls. 141/144 (sic).

Notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar, requerendo a rejeição da denúncia, porquanto não participou diretamente da licitação, que se desenvolveu regularmente, como preconizado na Lei nº 8.666/93, arts. 21, § 2º, 22, § 3º, e 15, § 7º, I, tendo sido adquirido pelo preço de mercado um caminhão em bom estado de conservação, entregue pela empresa vencedora, única entre as três que se habilitaram e que preencheu as exigências do edital.

Acrescenta que a aquisição do caminhão era imperiosa, em face das necessidades de enfrentar o estado de calamidade pública causado por fortes chuvas e declarado em decreto municipal.

Remata, dizendo que, não sendo criminosa a conduta imputada na denúncia, deve esta ser rejeitada.

Segundo se verifica dos documentos constantes do procedimento investigatório levado a cabo pelo Ministério Público, a aquisição do caminhão pela Prefeitura, ato discricionário do Prefeito Municipal, foi feita de conformidade com as necessidades do Município, comprovadas pelo estado de calamidade pública declarado em decreto.

O veículo foi adquirido por preço corrente no mercado e se encontrava em bom estado de conservação, conforme se vê do laudo de avaliação do Instituto de Criminalística do Estado de Minas Gerais, inclusive fotografias juntadas (fls. 165/174).

O procedimento licitatório obedeceu às exigências da Lei nº 8.666/93, restando apenas uma empresa participante, porque uma desistiu e a outra não preencheu os requisitos exigidos no edital.

Nessas circunstâncias, não há falar em frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório nem em ajuste, combinação ou expediente, pois quanto

a isso não há qualquer indicio, não se caracterizando como tal a correspondência do veículo descrito com o que veio a ser adquirido. O que importa é que as empresas que comercializam tais veículos estão em condições de participar de competição para oferecer unidade semelhante à escolhida pela Administração. E tanto isso é verdade que os próprios peritos, para chegar à avaliação do veículo, efetuaram uma pesquisa no mercado de venda desse tipo de mercadoria.

Conseqüentemente, não há falar em intuito de obter o denunciado vantagem para si ou para o fornecedor, pois o veículo, em bom estado de conservação, foi adquirido por preço razoável e entregue, regularmente, à Prefeitura.

Afastada, de plano, a ocorrência dos elementos constitutivos do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, pela prova colhida em procedimento administrativo investigatório instaurado pelo próprio Ministério Público, de modo a dispensar qualquer outra apuração, impropriedade se mostra a acusação, pela ausência de viabilidade da persecução penal, daí por que rejeito a denúncia oferecida contra José Orlando Silva e Santos, Prefeito Municipal de Oliveira.

Custas, *ex lege*.

A Sr.^a Des.^a **Márcia Milanez** - Sr. Presidente. Registro que recebi memorial subscrito pelos eminentes advogados, Drs. José Nilo de Castro e Christiane Flores de Araújo, bem como, com muita atenção, acabo de ouvir a sustentação oral produzida pelo Dr. Adilson José de Oliveira, meu conterrâneo, meu fraterno amigo, companheiro de advocacia no Vale do Aço por muitos anos. Deixo, aqui, registrado que foi com muita emoção que nos reencontramos nesta tarde, sempre, como das outras vezes, em busca da Justiça.

Acompanho V. Ex.^a, rejeitando a denúncia, ao entendimento de que, nas leis de licitações e contratos administrativos, o crime tipificado no art. 90 não se

consume simplesmente pela presença dos aspectos - descumprimento da norma administrativa e atribuição de vantagem indevida ao licitante -, é necessário que o descumprimento da norma administrativa seja orientado pelo intento de atribuir vantagem indevida ao licitante, o que não ocorreu.

Também, como V. Ex.^a, rejeito a denúncia.

O Sr. Des. **Tibagy Salles** - Sr. Presidente. Também ouvi a sustentação oral feita da tribuna e, igualmente, recebi o memorial que tenho em mãos.

Contento-me em acompanhar os votos que me antecederam, rejeitando a denúncia.

O Sr. Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro** (convocado) - Sr. Presidente. Também ouvi com atenção as palavras ditas da tribuna pelo ilustre advogado e tenho que salientar somente que a licitação feita pelo Ministério Público, pelo que me consta, foi diretamente com a fábrica e, neste caso, dispensada até a licitação, pois a compra é feita sem pagamento de impostos, porque é para órgão público.

Neste caso aqui, certamente, seria dispensada a licitação se precedida de avaliação e de cuidados técnicos para aferir que somente aquele veículo se enquadrava nas necessidades do Município.

Assim, colocando as coisas nos devidos termos, porque um caso é diferente do outro, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator, que bem apreendeu a matéria e deu a solução correta, como sempre, à questão posta em julgamento.

O Sr. Des. **Herculano Rodrigues** (convocado) - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A DENÚNCIA. DECISÃO UNÂNIME.

TÓXICOS - USO PRÓPRIO - RÉU DE MAUS ANTECEDENTES JÁ RESPONDENDO A OUTRO PROCESSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIÇÃO DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE

- Além dos requisitos previstos no art. 44, I e II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), é indispensável para a substituição da pena que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que a substituição é suficiente. Assim, o benefício não pode ser concedido a quem ostenta maus antecedentes, já respondendo a outro processo ainda mais grave.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 316.435-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.^a **MÁRCIA MILANEZ**

Ementa oficial: Tóxicos - Uso próprio - Réu de maus antecedentes, já respondendo a outro processo por tráfico de entorpecentes - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade. - Além dos requisitos previstos no art. 44, I e II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), é indispensável para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indiquem que a substituição é suficiente. Assim, o benefício não pode ser concedido a quem ostenta maus antecedentes, já respondendo a outro processo ainda mais grave. - Recurso conhecido e improvido.

Relatório

Peterson Carvalho de Freitas Neves, já qualificado nos autos, foi denunciado junto à 12ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte como incurso nas sanções do art. 16, c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76, por ter sido surpreendido por policiais militares na Rua Varginha com Av. do Contorno, em companhia do menor M.R.D., trazendo consigo pequena quantidade de maconha para uso próprio.

Após regular instrução, foi condenado à pena privativa de liberdade de 09 (nove) meses de detenção, em regime prisional aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, na proporção mínima do salário mínimo vigente à época do fato para o dia-multa, sendo-lhe vedados os benefícios da suspensão condicional da pena e da substituição da reprimenda por restritiva de direitos, por ausência de seus requisitos subjetivos (fls. 65/66).

Irrresignado, interpôs o réu recurso de apelação para a Superior Instância, pleiteando a absolvição pela alegada inimizabilidade penal decorrente de dependência toxicológica ou, alternativamente, a suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 68 - 79/87).

O recurso foi contra-razado, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta Instância, opinado pelo seu conhecimento e improvidamento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 07 de maio de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Edimar Reis.

A Sr^a. Des^a. *Márcia Milanez* - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, o ilustre advogado, integrante dos quadros da Diretoria da OAB, Dr. Edimar Reis.

Meu voto é o seguinte.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Nego-lhe, entretanto, provimento.

Não merece acolhimento a absolvição do réu pretendida pela defesa ao argumento de tratar-se de usuário dependente de drogas, ou o pedido alternativo de suspensão condicional do processo, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De fato, ao que se verifica dos autos, no dia 05 de janeiro de 1999, cerca das 17h45m, o acusado foi surpreendido pela Polícia na Rua Varginha esquina de Av. do Contorno, na companhia de um menor, trazendo consigo uma pequena porção de maconha adquirida para consumo pessoal.

A materialidade e a autoria do delito não sofreram nenhuma contestação, comprovadas que estão nos autos pelo auto de apreensão, pelos laudos de constatação e de exame toxicológico e pela confissão do acusado que encontra respaldo nos demais elementos de convicção contidos no processo. Tanto assim que a própria defesa reconhece a prática do delito ao advogar teses de inimputabilidade penal pela alegada dependência toxicológica, de suspensão condicional do processo, ou de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Improcedente a pretensão recursal em sua integralidade. Em primeiro lugar, não se pode falar em inimputabilidade penal do acusado, pois não há nenhuma prova de sua invocada dependência a substâncias entorpecentes.

Ao contrário, o próprio acusado desmente o argumento defensivo em seu interrogatório quando afirmou categoricamente:

... realmente eu portava droga e a mesma se destinava a meu uso; eu estou sendo processado como incurso no art. 16 da Lei 6.368/76 no qual sou inocente; eu já fui usuário e não mais consumo drogas (fl. 30).

Tão improcedente o insuperável vício que em nenhum momento os ilustres defensores requereram a sua submissão a exame de dependência toxicológica.

Em segundo lugar, o pedido de suspensão do processo encontra óbice no art. 89 da Lei 9.099/95, *in verbis*:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Fácil verificar que pela redação do citado artigo os requisitos ou pressupostos especiais para a suspensão do processo são estes: a) - pena mínima cominada igual ou inferior a um ano; b) - o acusado não esteja sendo processado; c) - não tenha sido condenado por outro crime; d) - a presença dos demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do Código Penal.

Não falta quem sustente a inconstitucionalidade do segundo pressuposto - o acusado não esteja sendo processado - por violação do princípio da presunção de inocência. Mas isso realmente não ocorre, uma vez que, antes de presumir comprovação de culpa, o que a lei pretende é conceder determinadas regalias a autores de infrações de menor potencialidade, promovendo uma salutar desburocratização da justiça, sem submetê-los a processo criminal. Evidentemente, a suspensão deverá vir acompanhada de determinadas condições.

Na hipótese dos autos, o benefício realmente não poderia ser concedido ao réu/apelante, posto que quando cometeu a infração capitulada na inicial já respondia a outro processo na mesma vara especializada por tráfico ilícito de entorpecentes (fl. 47).

Suspensão do processo - Benefício não proposto em face da existência de ação penal em andamento - Admissibilidade, pois tal circunstância constitui-se em expressa vedação legal à incidência do sursis processual - Constrangimento ilegal inexistente.

- Devidamente motivada a não proposição do sursis processual, não há falar-se em constrangimento ilegal sanável pela via do remédio heróico, certo que, por expressa vedação legal, ação penal em andamento obsta a incidência do benefício (TACRIMSP - RT, 773/588).

Suspensão do processo - Reincidência e maus antecedentes - Circunstâncias que constituem óbice ao oferecimento do benefício previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 - Magistrado que em tais hipóteses deve analisar de pronto os requisitos da denúncia e exercitar o juízo de admissibilidade.

- A reincidência e os maus antecedentes constituem óbice ao oferecimento do sursis especial de que cuida o art. 89 da Lei 9.099/95, cumprindo ao Magistrado, de pronto, analisar os requisitos da denúncia e exercitar o juízo de admissibilidade (TJGO - RT, 776/633).

No caso, indubitavelmente, o réu é um indivíduo de maus antecedentes, não preenchendo, assim, os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95 para alcançar o benefício postulado.

Em terceiro lugar, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é tese indefensável.

Além dos requisitos previstos no art. 44, I e II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), é indispensável para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que a substituição é suficiente. Assim, o benefício não pode ser concedido a quem ostenta maus antecedentes, já respondendo a outro processo da mesma natureza.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Tibagy Salles* - Sr. Presidente. Também ouvi a sustentação oral produzida pelo brilhante advogado, da tribuna.

Tive acesso aos autos e tenho o mesmo entendimento da douta Relatora, razão pela qual acompanho o seu voto.

O Sr. Des. *Edelberto Santiago* - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO O RECURSO.

JÚRI - NULIDADE - QUESITO - TESE DESCLASSIFICATÓRIA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA A MODALIDADE CULPOSA - SUSTENTAÇÃO EM PLENÁRIO - NÃO-SUBMISSÃO À APECIAÇÃO DOS JURADOS, PORQUE CONSIDERADA PREJUDICADA EM FACE DE VOTAÇÃO DE QUESITO ANTERIOR CORRESPONDENTE A UMA TESE NÃO INVOCADA PELAS PARTES - VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 484, III, DO CPP - IMPUGNAÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO - NULIDADE ABSOLUTA - NOVO JULGAMENTO

- Anula-se o julgamento, se não foi submetido aos jurados quesito obrigatório relativo à tese defensiva de desclassificação do homicídio qualificado para a modalidade culposa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 341.089-1/00 - Comarca de Rio Casca - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Júri - Nulidade - Quesito - Tese desclassificatória do delito de homicídio qualificado para a modalidade culposa - Sustentação em plenário - Não-submissão à apreciação dos jurados, porque considerado prejudicado em face de votação de quesito anterior correspondente a uma tese não invocada pelas partes - Violação do disposto no art. 484, III, do CPP - Impugnação em momento oportuno - Nulidade absoluta - Novo julgamento ordenado. Apelo provido.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, PROVER O RECURSO, ANULANDO O JULGAMENTO.

Belo Horizonte, 1º de julho de 2003. - Zulman Galdino - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tereza da Conceição Almeida, qualificada, foi condenada como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 211, ambos do CP, às penas de 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e multa, respectivamente, porquanto, em dia e horário não determinados, em meados do mês de janeiro de 2002, no Córrego Floresta, Zona Rural de São Pedro dos Ferros, Comarca de Rio Casca, juntamente com Reginaldo Rodrigues e mediante a utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, teria provocado a morte de seu filho Gilson de Almeida, nascido aos 11.09.99, ocultando, ainda, o cadáver.

Inconformada com a sentença condenatória de fls. 226/228, apelou a acusada, nos termos do art. 593, III, a e d, do CPP (fls. 229). Em suas razões, arguiu, preliminarmente, a nulidade do julgamento, por não ter sido votado quesito relativo à tese de desclassificação do delito de homicídio qualificado para a modalidade culposa. No mérito, requer a cassação da decisão dos jurados, por ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, no tocante à autoria do crime doloso contra a vida e à rejeição da tese da lesão corporal seguida de morte (fls. 231/237).

O recurso foi respondido, pugnando o Órgão Ministerial pela manutenção da decisão objurgada (fls. 240/256).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela anulação do julgamento. Caso ultrapassada a preliminar, é pelo desprovidimento do apelo (fls. 260/265).

Com efeito, houve cerceamento de defesa no julgamento da acusada, por não ter sido submetido à apreciação dos jurados quesito relativo à tese desclassificatória do homicídio qualificado para a modalidade culposa.

Verifica-se da ata de fls. 212/214 que as partes não sustentaram a tese de desclassificação do homicídio para lesões corporais seguidas de morte e o Júri foi indagado a seu respeito (3º quesito - fls. 222). Não obstante isso, negado tal quesito, o MM. Juiz-Presidente considerou, erroneamente, prejudicado o quesito correspondente à tese do homicídio culposos e que foi defendida em plenário, violando, assim, o disposto no art. 484, III, do CPP, pois deveria ter sido indagada a aludida tese imediatamente após os quesitos relativos ao fato principal.

A defesa impugnou, em momento oportuno, a omissão do mencionado quesito obrigatório (fls. 214), tratando-se de nulidade absoluta (art. 564, III, k, do CPP).

Ante o exposto, dou provimento ao apelo, para acolher a preliminar suscitada e declarar a nulidade do julgamento, determinando que a outro seja submetida a acusada.

Custas, ex lege.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Estou de acordo com o em. Des. Relator no sentido de se anular o julgamento. Entretanto, peço vênia para tecer algumas considerações, já que entendo que a nulidade reside em fundamento distinto daquele esposado por S. Ex.ª.

Tenho que, de fato, houve cerceamento da defesa da acusada em razão da forma como os quesitos foram submetidos aos jurados. A defesa protestou oportunamente, conforme se depreende da análise de fl. 214.

A preliminar suscitada foi acolhida no voto do em. Des. Relator, declarando-se a nulidade do julgamento, ao fundamento de não ter sido submetido aos jurados quesito obrigatório relativo à tese defensiva de desclassificação do homicídio para a modalidade culposa.

Ocorre que a tese desclassificatória da defesa, referente ao homicídio culposos, foi levada à apreciação dos jurados através do 3º quesito, embora de forma equivocada. Ao perguntar ao Conselho se a acusada quis o resultado morte ou assumiu o risco de produzi-la (3º quesito - fls. 222), objetivou-se aferir a existência ou não do dolo na conduta desta, em face da tese desclassificatória de homicídio culposos. Ao contrário do afirmado no voto, entendo que o 3º quesito não pretendeu abordar a tese de lesões corporais seguidas de morte, mas a própria tese do homicídio culposos, conforme se depreende da leitura da ata de julgamento (fls. 213).

Entretanto, a redação do 3º quesito certamente violou as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, embora verse acerca da tese desclassificatória do homicídio culposos.

O questionário da mencionada tese deve focalizar a culpa, e não o dolo, sob pena de induzir os jurados a erro. Ressalte-se ainda ser imprescindível inclusive especificar o tipo de culpa, se por imperícia, imprudência ou negligência.

A jurisprudência é uníssona neste sentido:

Cumpra acentuar, que a própria formulação dos quesitos em questão, sob o ângulo de seu conteúdo material, por si só já encerra certo equívoco, passível de ensejar a anulação pretendida, já que no modo como foram redigidos não há a especificação da modalidade da culpa praticada pelo acusado conforme narrado explicitamente pela defesa, ou seja, a imperícia praticada pelo réu. Assim, o quesito sobre a desclassificação para o homicídio culposos deve corresponder exatamente ao que foi invocado pela defesa, em plenário (TJMG - Processo nº 301.539-3 - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - j. em 27.02.2003 - pub. em 21.03.2003 - trecho de voto - grifo nosso).

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, acolhendo a preliminar suscitada, de forma a anular o julgamento por defeito na formulação dos quesitos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO, ANULANDO O JULGAMENTO.

HABEAS CORPUS - LEI Nº 6.368/76 - DENÚNCIA - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - JUIZ QUE ALTERA A CAPITULAÇÃO DO CRIME AO RECEBER A DENÚNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - CONCESSÃO DA ORDEM

- O Ministério Público detém competência exclusiva para apresentar a denúncia nos casos dos crimes da Lei nº 6.368/76. Pretendendo o juiz desclassificar o delito, o momento oportuno para fazê-lo é o da prolação da sentença de mérito, desde que oferecida ao paciente ampla oportunidade de defesa. Por isso, o fato de o magistrado alterar a capitulação do crime, ao receber a denúncia, caracteriza constrangimento ilegal passível de solução pela via do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 334.175-7/00 - Comarca de Estrela do Sul - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Processo Penal - Liminar concedida - Recebimento da denúncia alterando a capitulação - Impossibilidade - Constrangimento ilegal configurado - 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, 24 de abril de 2003. - Reynaldo Ximenes Carneiro - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Cláudio José de Carvalho em favor de Osmar de Carvalho Júnior, sob o fundamento de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em virtude de ato do ilustre Magistrado de primeira instância, que, ao receber a denúncia, alterou a capitulação do crime realizada pelo Ministério Público. O impetrante aponta coação ilegal do MM. JD em virtude do despacho que denegou o pedido de concessão de liberdade provisória do paciente. Segundo alega o impetrante, o douto Juiz ofendeu preceitos legais ao não remeter ao órgão competente para realizar o aditamento da denúncia e ao desclassificar o crime na fase errada. Argumenta ainda que a decisão do Meritíssimo Juiz não contém fundamentação adequada. Segundo o impetrante, o paciente está a sofrer prejuízo dos princípios constitucionais da ampla defesa, pelo que pede pela concessão liminar da ordem e a consequente concessão de liberdade provisória ao mesmo (fls. 02/08-TJ). Instruiu a inicial com cópia de documentos (fls. 09/93-TJ).

A liminar foi concedida (fl. 96-TJ).

As informações foram prestadas pelo Meritíssimo JD (fls. 100/101-TJ) juntamente com cópia de documentos (fls. 102/112-TJ).

Ao seu turno, a d. Procuradoria de Justiça opina pela concessão da ordem (fls. 114/117-TJ).

Trata-se de impetração que tem por escopo atacar decisão do ilustre Juiz de Direito, que, ao receber a denúncia (fl. 66-TJ), alterou a capitulação do crime imputado ao paciente. O impetrante visa também à obtenção do relaxamento da prisão do

paciente, negado por despacho do Meritíssimo JD (fl. 93-TJ). Através de liminar, a prisão do paciente foi relaxada e devidamente cumprida a liminar, como informa o ilustre Juiz (fl. 108).

Após o oferecimento da denúncia, o representante do *Parquet*, impetrou proposta de suspensão condicional do processo (fl. 48-TJ), a qual não mereceu qualquer apreciação por parte do douto Julgador de primeira instância.

O Ministério Público, com base nas provas produzidas durante o inquérito policial, apresentou denúncia contra o paciente pela prática delituosa prevista no artigo 16 da Lei nº 6.386/1976, não obstante ter sido o paciente preso em flagrante sob a imputação da prática delituosa prevista no artigo 12 do mesmo texto legal.

O ilustre Magistrado, ao alterar a capitulação do crime ao receber a denúncia, infligiu constrangimento ilegal ao paciente. De acordo com as normas processuais legais, é de competência exclusiva do Ministério Público apresentar a denúncia nos casos dos crimes previstos na Lei nº 6.386/1976.

Desta forma, não poderia o Magistrado singular ter recebido a denúncia, modificando os termos nela contidos, fixando a data da audiência de interrogatório sem, entretanto, remeter os autos ao MP para que este sim aditasse a mesma. Trata-se de desrespeito expresso ao preceito contido no artigo 384 do Código de Processo Penal. As garantias constitucionais do paciente ficam feridas, não estando ele ciente dos exatos termos pelos quais está sendo processado. A situação do caso do paciente equipara-se à do caso em que se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido:

Denúncia - Recebimento - Capitulação, pelo juiz, do fato supostamente delituoso - Inadmissibilidade - Recurso ordinário parcialmente provido. Não cabe ao juiz, ao receber a denúncia, classificar o crime nela descrito. A definição jurídica dos fatos supostamente delituosos cabe ao Ministério Público, como titular que é da ação penal (art. 41 do CPP) (RHC nº 4.977-SP, 6ª Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJU de 18.12.1995, p. 44.625).

Caso não seja remetida para aditamento, a denúncia deve ser recebida nos termos exatos do oferecimento pelo Ministério Público. Assim sendo, para o caso, tem-se ainda que o momento adequado para a desclassificação do delito pelo Magistrado seria apenas durante a prolação da sentença de mérito desde que tenha o paciente tido ampla

oportunidade de defender-se dos fatos. Nesse sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, com a capitulação do fato atribuído ao réu em determinado tipo criminal, e recebida a peça de acusação em sede de razoável juízo de admissibilidade, a desclassificação do delito pelo juiz somente tem ensejo no momento da prolação da sentença. (RHC nº 6.692-MG, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, j. em 27.10.1997, DJU de 15.12.1997, p. 66.571, ementa parcial.)

RESISTÊNCIA - AGRESSÃO A POLICIAIS QUANDO DA EXECUÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - CONFIGURAÇÃO DO DELITO

- Configura o crime de resistência o ato de quem, ao estar sendo detido pela Polícia, entra em luta com o executor da prisão e o agride fisicamente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 305.862-5/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAIA BORGES

Ementa oficial: Resistência - Agressão a policiais quando da execução de mandado de prisão - Condenação. - Configura o crime de resistência o ato de quem, ao estar sendo detido pela Polícia, entra em luta com o executor da prisão e o agride fisicamente.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - José Antonino Baia Borges - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - A r. sentença de fls. 82/87 condenou Márcio Divino da Silva, como incurso nas sanções do art. 329, *caput*, do CP, à pena de 1 ano de detenção, no regime aberto.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, pleiteando a absolvição, ao fundamento de que não configurado o delito. Alternativamente, pede-lhe seja concedida a oportunidade de proceder à transação penal, que lhe seja concedido o benefício do art. 44 do CP ou o do art. 77 desse mesmo diploma legal (fls. 92/99).

O constrangimento ilegal está caracterizado.

Do exposto, *concedo* a ordem, ratificando a liminar. Comunicar.

O Sr. Des. Hercúlo Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR.

A acusação apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 100/102), o mesmo fazendo a d. Procuradoria (fls. 107/113).

Conheço do recurso.

Ao exame dos autos, restou cabalmente comprovado que o apelante, no dia 26.7.2000, por volta das 19h, ao ser abordado por policiais militares, que foram acionados por um primo seu que estava a sofrer ameaças, entrou em luta corporal com os milicianos, causando as lesões corporais descritas nos laudos de fls. 12/14 e 17/19, nos policiais Mauro Silva e José Luiz Nogueira.

A prova testemunhal produzida é robusta nesse sentido (fls. 9, 15, 20, 22, 24, 51/52, 53/54, 55/56, 57 e 63), tendo o próprio apelante, na fase administrativa, confessado que "não aceitou a abordagem e a busca passivamente" (fl. 26-v.).

De outra parte, a alegação de que o apelante estaria embriagado quando dos fatos não descaracteriza o crime de resistência, tendo em vista que, além de não provada, segundo se vê de seu próprio depoimento, tinha o recorrente plena consciência do que estava fazendo, mesmo porque, conforme afirmou, se encontrava apenas um "pouco embriagado" (fl. 26-v.).

Mesmo em juízo, quando, sem maiores explicações, alterou o apelante seu depoimento, em parte, negou ele ter dito que tenha agido contra os policiais porque estivesse embriagado (fl. 43).

Por fim, conforme observado pela d. Procuradoria, cuida o recorrente de

um indivíduo de péssima índole, violento, com extensa folha criminal, e que já foi condenado por crime doloso (fls. 38/39). Dai o não-cabimento da transação penal, conversão da pena restritiva de liberdade ou suspensão condicional da pena (fl. 112).

Assim sendo, correta está a condenação, não merecendo a bem-lançada sentença qualquer reparo, inclusive no que toca à pena aplicada, uma vez

PREFEITO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PELA CLT - EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - INCISO XIII DO ART. 1º DO DEC.-LEI Nº 201/67 - CRIME DE MERA CONDUTA - AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO - INEXISTÊNCIA DE CRIME A PUNIR

- A contratação temporária de pessoal, sob a égide da CLT, autorizada mediante decreto do prefeito, em início de mandato, para atender a excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF/88, não constitui crime a punir, eis que, neste caso, o alcaide pratica atividade típica da Administração.

- O crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67 é de mera conduta e só é punido a título de dolo específico e desde que provado substancialmente que o acusado não tenha agido com bom propósito em relação à comunidade ou que tenha dado prejuízo à Administração.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 283.542-9/00 - Comarca de São João da Ponte
- Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: PCCO - Contratações temporárias de pessoal por prefeito municipal em início de mandato, para atender a excepcional interesse público - Inexistência de dolo específico - Inexistência de crime a punir - Art. 37, inciso IX, da CF/88 - Não-recebimento da denúncia.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - Odilon Ferreira - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O Ministério Público estadual, através de integrante de grupo especial

que fixada com estrita observância do disposto no art. 68 do CP.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

criado pela Resolução da Procuradoria de Justiça, apresentou denúncia contra Josemar Soares Lima, Prefeito Municipal de Varzelândia, por infringência do disposto no art. 1º, inc. XIII, do Dec.-lei 201/67 c/c art. 71 (por 133 vezes) do Código Penal, ao fundamento de que, no dia 1º de abril de 1997, realizou essas contratações temporárias de pessoal, que menciona, para os quadros da Prefeitura, conforme Decreto Municipal nº 16/97, que as autorizou contra disposição contida na Lei Municipal nº 545/93, regulamentadora dos casos de cabimento de contratações diretas de pessoal.

As contratações realizadas pelo denunciado não demonstram contingências anormais de situações que justificassem admissões provisórias, para atendimento de situações incompatíveis com o regime normal de concursos públicos, bem como preenchimento de requisitos cumulativos obrigatórios para a efetivação da medida excepcional, quais sejam, interesse público, temporariedade de contratação e hipóteses expressamente previstas em lei.

Devidamente notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar, de fls. 309/331, salientando que os fatos narrados na exordial acusatória não

constituem crime a punir, sendo medidas substantivas tomadas em atendimento dos vários pedidos formulados dos setores de educação, transporte, saúde, obras, administração e abastecimento de água, de extrema necessidade do Município.

Outrossim, assevera que foi realizado o concurso público, em 13.11.97 e homologado em 16.01.98, conforme resultado juntado aos autos.

A Procuradoria de Justiça, em atendimento ao despacho de fl. 460, manifestou-se, às fls. 462/469, sobre os documentos anexados com a defesa preliminar.

É o relatório, no que interessa.

Com base em procedimento administrativo, a Procuradoria de Justiça apresentou duas denúncias contra Josemar Soares Lima, atual Prefeito Municipal de Varzelândia, sendo que a primeira por crimes de prevaricação e desobediência, sendo decretada a extinção da punibilidade quanto àquele, e rejeitada por acórdão de fls. 478/481, de 12.11.2002, quanto a este;

- a segunda, por infringência do disposto no art. 1º, inc. XIII, do Dec.-lei 201/67, c/c art. 71 (por 133 vezes) do Código Penal, em face da admissão sem concurso público de 41 professores, 12 regentes de ensino, 40 inspetores de alunos, 11 auxiliares de serviço de educação, 1 agente administrativo, 5 vigias, 1 fiscal, 5 motoristas, 1 pedreiro, 1 auxiliar de serviço de transporte/obras, 3 auxiliares de serviço de saúde, 4 telefonistas, 1 auxiliar de serviço de administração, 3 agentes administrativos, 2 bombeiros e 2 operadores de poço tubular.

Quando o denunciado tomou posse como Prefeito de Varzelândia era caótica a situação do Município quanto a funcionários estritamente necessários para o bom desenvolvimento de sua administração, de modo que a Câmara Municipal votou a Lei 674, de 21 de janeiro de 1997, devidamente sancionada, que autorizava a criação, transformação e extinção de cargos, bem como cargos de provimento em comissão.

Diante disso, o Prefeito expediu o Decreto Municipal, nº 0016/97, de 1º de abril de 1997 (fls. 73/77-TJ) autorizando as contratações por excepcional interesse público, amparado pelo inciso IX do art. 37 da Constituição Federal e pela Lei Municipal nº 545/93, que regulamenta a contratação por tempo determinado, especialmente em seu art. 36, inciso VI.

Com efeito, as contratações eram altamente necessárias, principalmente porque as escolas não poderiam funcionar sem professores, regentes, inspetores, vigias, fiscais, porteiros e motoristas, assim como eram imprescindíveis as nomeações de

bombeiros, operadores de poços, telefonistas e auxiliares de serviços gerais, sob pena de paralisação da máquina administrativa.

O denunciado não teria outra alternativa senão efetuar as contratações do pessoal sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, como tem acontecido em várias Prefeituras no início de governo, justo porque o Prefeito anterior sempre efetua contratações no final de gestão e, perdendo as eleições, dispensa todos os contratados e deixa o futuro alcaide sem condições de contratar com medo de processo.

Se contrata, o Ministério Público determina a abertura de processo administrativo e depois apresenta denúncia com fincas no art. 1º, inciso III, do Dec.-lei 201/67.

As contratações de pessoal, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, não constituem crime a punir, salientando que constitui o crime previsto no inc. XIII do art. 1º do Dec.-lei 201/67, somente a nomeação de funcionário público sem concurso.

Como sempre, temos decidido em casos semelhantes que, para a Prefeitura e a coletividade, é muito melhor efetuar a contratação dessas pessoas no regime jurídico dos contratos administrativos, dada a premente escassez de tempo e suprema necessidade do município, que não pode esperar concurso público para a nomeação de professores e demais funcionários dos grupos escolares, serviços braçais e especializados urgentes, porquanto fica conferido à Administração modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; fiscalizar-lhes a execução e rescindi-los nos casos especificados (art. 79 da Lei 8.666/93).

Assim, na atualidade, não constitui crime a punir a contratação pelo Prefeito de celetistas de sumo interesse para o Município, eis que pratica o mesmo a execução de atividade típica da Administração.

O crime previsto no inciso XIII do art. 1º desse DL é de mera conduta e só é punido com dolo específico e desde que provado substancialmente que o acusado não tenha agido com bom propósito em relação à comunidade ou que tenha dado prejuízo à Administração.

Todavia, temos de ressaltar que o denunciado expediu edital, no dia 30.09.97, para abertura de concurso público de provas e títulos, que foi realizado em 13.11.97, devidamente homologado em 16.01.98, através do Decreto nº 0048/98, denotando que seus atos não foram realizados com dolo específico, mas com inequívoca demonstração de sua

honestidade para com os interesses não só da Municipalidade como da coletividade.

Pelo exposto, não havendo crime a punir, deixo de receber a denúncia e, caso os eminentes Colegas estejam de acordo, sejam os autos arquivados.

PRONÚNCIA - CRIMES DIVERSOS - CONEXÃO PROCESSUAL - DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TENTATIVA - AUTORIA - NEGATIVA - ABSOLUÇÃO SUMÁRIA - QUALIFICADORA - DECOTE - INOCORRÊNCIA - TRIBUNAL DO JÚRI - JUÍZO NATURAL DO FATO

- A inexistência de dependência de aferição probatória entre crimes diversos e que, nesse caso, se refere ao instituto da conexão processual autoriza o desmembramento do processo e o julgamento do denunciado nos respectivos Juízos distintos e competentes para tal apreciação.

- A absolvição sumária em face de alegação de legítima defesa, para ser acolhida, requer a presença de prova incontroversa dessa excludente.

- Aplica-se a pronúncia do agente pela prática de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP) desde que presentes a materialidade e os indícios da autoria do delito denunciado, como prescrito no art. 408 do CPP.

- O decote da qualificadora somente se justifica quando ela se revele absurda e, em caso contrário, remete a sua apreciação ao seu Juízo natural, o soberano e constitucional Tribunal Popular do Júri.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 338.840-2/00 - Comarca de Carmo de Minas - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Processual Penal e Penal - Arma - Crimes diversos - Conexão - Dependência - Prova - Processo - Desmembramento - Homicídio qualificado - Tentativa - Autoria - Negativa - Absolvição sumária - Qualificadora - Decote - Inocorrência - Tribunal do Júri - Juízo natural do fato. - A inexistência de dependência de aferição probatória entre crimes diversos e que, nesse caso, se refere ao instituto da conexão processual, autoriza o desmembramento do processo e o julgamento do denunciado nos respectivos Juízos distintos e competentes para tal apreciação. A absolvição sumária em face de alegação de legítima defesa, para ser acolhida, requer a presença de prova incontroversa dessa excludente. Aplica-se a pronúncia do agente pela prática de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP) desde que presentes a materialidade e indícios da autoria do delito denunciado, como prescrito no art. 408 do CPP. O decote de qualificadora somente se justifica quando ela se revele absurda e, em caso contrário, remete a sua apreciação ao seu Juízo Natural, o soberano e constitucional Tribunal Popular do Júri. Recurso a que se dá parcial provimento.

Os Srs. Desembargadores Kelsen Carneiro, Mercêdo Moreira, Gomes Lima e Jane Silva - De acordo.

Súmula - DEIXARAM DE RECEBER A DENÚNCIA.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR ARISTON MATIAS CAVALCANTI, DESPROVENDO O AVIADO POR ANTÔNIO RAYMUNDO RIBEIRO SOUZA.

Belo Horizonte, 03 de junho de 2003. - Tibagy Salles - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de recurso em sentido estrito manejado pelos recorrentes Ariston Matias Cavalcanti e Antônio Raymundo Ribeiro Souza contra a r. decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Carmo de Minas que pronunciou o primeiro recorrente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, do CP; art. 10 da Lei 9.437/97 e art. 16 da Lei 6.368/76, submetendo-o a

julgamento perante o Tribunal do Júri, e, quanto ao segundo recorrente, desclassificou o delito imputado na denúncia para o previsto no art. 129 do CP.

O recurso em sentido estrito oferecido pelos recorrentes contra a r. sentença de pronúncia que lhe foi aplicada é tempestivo, próprio e foi regularmente processado, em virtude do que dele se conhece.

As razões do recurso renarram o teor da denúncia e se referem à sentença de pronúncia cujo teor difere daquele contido na peça inaugural da presente ação penal.

O inconformismo do recurso é primeiramente deduzido em relação ao segundo recorrente, Antônio Raymundo Ribeiro Souza.

A narrativa da situação fático-delitiva, verificada no penúltimo dia do ano de 2001, é feita para se apontar o equívoco constante da r. decisão recorrida.

A desclassificação do delito inaugural para o crime prescrito no art. 129 do CP há de ser substituída pela absolvição desse recorrente, ante a inexistência de provas que sustentem a imputação, conforme ele sustenta através da transcrição de trechos de depoimentos que suportam a tese defensiva.

A indicação de princípios processuais penais e a da pena prevista para o delito, indicado, cujo patamar é de três meses a um ano, de detenção, autorizam a aplicação da reprimenda no patamar mínimo legal e, assim, obstaculizam a continuidade da tramitação do feito processual em relação ao recorrente Antônio, uma vez que ele já se vira custodiado, indevidamente, por 54 dias, e, assim, prescinde de nova punição.

No tocante ao primeiro recorrente, Ariston Matias Cavalcanti, as razões recursais se referem à imputação, reconhecida na sentença de pronúncia, e procedem à impugnação de todo o seu conteúdo.

Não há como se rejeitarem as teses defensivas deduzidas no decorrer da instrução criminal, haja vista que não ocorre a qualificadora reconhecida - motivo fútil, o que, inclusive, já é notório neste Sodalício, assim indica o recorrente.

Ele se reporta à seqüência dos atos que culminaram na prática dos crimes a que se viu este recorrente pronunciado, para, então, refutá-los todos, especialmente porque dois deles - o crime de porte para uso de substâncias entorpecentes e o de porte

ilegal de arma - são desconexos ao delito apreciável no soberano Tribunal Popular do Júri e, como tal, não podem ser submetidos à sua análise e conhecimento, uma vez que não detêm competência para processá-los.

A conclusão do recurso pretende a absolvição do segundo recorrente e, quanto ao primeiro, a desconsideração da qualificadora que lhe foi imposta, visando, sempre, ao alcance da almejada justiça.

O recurso foi respondido, oportunidade em que todos as colocações recursais foram rebatidas, detalhadamente, com a ilustração de arestos jurisprudenciais.

O MM. Juiz-Presidente do processo, em Juízo de retratação, manteve a decisão recorrida aos fundamentos externados à fl. 442.

A douta Procuradoria de Justiça, em basilar parecer da lavra do Doutor Francisco Márcio Martins M. Chaves, fls. 447/453, opina pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, tão-somente no que se refere ao recorrente Ariston Matias Cavalcanti.

É, em síntese, o relatório.

O recurso está a merecer provimento parcial, decisão que se adota em voto, por ocasião do julgamento nesta instância revisora colegiada e que ora se fere.

A primeira tese defensiva versada no presente recurso, e que alude à hipótese de absolvição sumária do recorrente Antônio Raymundo Ribeiro Souza não merece guarida.

Ele pretende a absolvição ao sustento de que nem a desclassificação do delito denunciado - art. 121, 2º, II, c/c art. 14, II, do CP para a sua incursão nas iras do art. 129 do CP - pode subsistir.

A leitura atenta dos autos não autoriza o acolhimento dessa pretensão recursal.

Ela indica que, após uma noite de orgias, ambos os recorrentes saíram do estabelecimento noturno situado nas margens da BR-460, no Bairro Nhá Chica, sem saldar o débito efetuado na noite. Abordados pelo porteiro do estabelecimento e, após breve discussão que alcançou as vias de fato, com agressões desferidas contra o porteiro tanto pelo recorrente Antônio quanto pelo seu genro Ariston Matias Cavalcanti, este desferiu nove disparos de arma de fogo (com uma pistola semi-automática de

calibre 7,65 mm) contra a vítima, acertando-lhe três dos aludidos disparos.

Assim, ainda que o recorrente Antônio afirme ter sido, primeiramente, atingido pela vítima, quando, em Juízo (fl. 209), dissera ter sido por ela estapeado, quando até perdera os seus óculos, não existe, nos presentes autos, nenhuma prova que lhe sustente tal afirmação.

Ao contrário, não há dúvidas quanto às lesões sofridas pela vítima, como se depreende da conclusão médico-pericial exarada no laudo de fls. 116/117.

Como bem ponderou o il. RMP em segundo grau, a vítima caiu ao chão em decorrência de uma *joelhada* contra si desferida por esse apelante, após o que se seguiram os disparos dos tiros, estes efetuados pelo recorrente Ariston.

Assim, a alegação de que Antônio teria agido em legítima defesa é totalmente descabida, não há nenhuma prova que a sustente, razão pela qual não vejo plausível o acolhimento dessa tese defensiva, mantendo-se a incursão contida na r. decisão recorrida e que lhe imputou a prática do crime previsto no art. 129 do CP.

Por sua vez, a análise das razões suscitadas em favor do recorrente Ariston Matias Cavalcanti revela que elas não de ser providas, mas apenas parcialmente, e, nesse caso, para que seja desmembrado o processo, submetendo-o a julgamento, na Justiça comum, pelos crimes denunciados no art. 10 da Lei 9.437/97 e art. 16 da Lei 6.368/76.

Anote-se que o ato de busca e apreensão realizado na residência de Ariston, oportunidade em que foram apreendidas uma arma clandestina - diferente da que fora utilizada na prática delitiva em comento e, também, uma significativa quantidade de substância entorpecente, e que se identificou como sendo maconha, de uso proscrito pelo ordenamento jurídico-legal, procedeu ao dia em que se perpetrou a tentativa de homicídio, qualificado, contra a vítima Sérgio Ricardo de Araújo.

Este ato delitivo foi praticado em data de 30 de dezembro de 2001, e, assim, precedeu àqueles outros - porte ilegal de arma e porte para uso de substâncias entorpecentes, já que estes se revelaram no mundo fático-jurídico em 02 de janeiro de 2002.

Com efeito, não há nenhuma conexão entre esses crimes, como bem se anotou no parecer

ministerial do segundo grau, inclusive com a transcrição do comando normativo dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal e de doutrina autorizada, cuja repetição é por ora prescindível, mas que venho, contudo, acrescentar, com o colacionamento de aresto jurisprudencial, *in verbis*:

O processamento de feitos em conjunto com base na conexão de que trata o art. 76, inc. III, do CPP, somente é de ser admitido quando a prova de uma infração ou de suas circunstâncias elementares influa, necessária e essencialmente, sobre a prova da outra infração (TACRIM-SP - CJ 60.440 - Rel. Azevedo Júnior - TACRIM-SP, 371/163).

Há conexão quando duas ações apresentem ponto comum da *causa petendi* ou do objeto. A conexão, ademais, pode ser material (substantiva) e processual (instrumentária). Existe continência na participação, concurso formal (ideal) de crimes, na *aberratio ictus* e na *aberratio delicti*. O vínculo material, físico, por si só, não configura conexão ou continência. Inocorre, na espécie, a conexão probatória, ou seja, a prova de um crime influir na prova de outra infração (STJ - RHC 2.008-1 - Rel. Vicente Cernicchiaro - j. em 25.04.94).

É o caso dos autos.

Não há nenhum vínculo entre a tentativa de homicídio qualificado perpetrada pelo recorrente Ariston e os demais crimes denunciados, razão pela qual apenas nesse aspecto deve-se conferir guarida ao inconformismo recursal quando se postulou o desmembramento dos processos.

Por sua vez, o pretendido decote da qualificadora concernente ao motivo fútil é de ser rejeitada.

A pretensão repete-se, diuturnamente, aqui, perante as Câmaras Criminais do Tribunal, inclusive, em inúmeros precedentes de minha relatoria, e.g., RSEs nºs 276.144-3, 282.975-2 e 283.830-8, cujas soluções caminham no mesmo sentido do que ora se aplica.

A despeito da insistência do ilustre patrono do pronunciado quando alega que ele agira em defesa de seu sogro, Antônio, o que, assim, afasta a incidência da apontada qualificadora, já que ele assim procedera mediante justa causa.

A tese defensiva não vinga.

Os relatos testemunhais e as declarações de ambos os réus demonstram que a agressão preliminar a que se seguiu o disparo de tiros e que provocaram lesões na vítima demonstram que tais condutas

foram empreendidas em uma discussão travada em estabelecimento noturno e que teve como causa preponderante o não-pagamento das despesas imputadas àqueles.

Ademais, e por diversas vezes como já externei meu entendimento, o decote de qualificadora, nesse momento processual, apenas se autoriza quando ela se revele absurda, o que, no presente feito, inócorre.

Porquanto, e em fiel observância ao disposto na Súmula nº 64 do Grupo de Câmaras Criminais deste Sodalício, deve-se deixar ao Tribunal do Juri a inteireza da acusação, a quem compete aferir, com minúcia de exames, toda a seqüência dos atos precedentes ao delito e ao crime propriamente dito.

Reitere-se que a inclusão da qualificadora do motivo fútil não se mostra em desconformidade com as provas produzidas, está bem aplicada e, por isso, há de ser confirmada nessa instância recursal, postergando-se sua apreciação, no momento oportuno ao Tribunal do Juri da Comarca de Carmo de Minas.

Por conseguinte, havendo indícios suficientes da ocorrência da tentativa de homicídio qualificado, cuja autoria inclusive é confessa pelo recorrente, esse acusado deve ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Juri, abstendo-se tanto o Juízo pronunciante, quanto este colendo Tribunal, de excluir da sentença de pronúncia a qualificadora,

HOMICÍDIO QUALIFICADO - CRIME HEDIONDO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - SENTENÇA FIXANDO O REGIME FECHADO - PROGRESSÃO - INADMISSIBILIDADE

- O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade para os crimes definidos como hediondos pela Lei nº 8.072/90 é o integralmente fechado, ainda que a sentença condenatória tenha estabelecido o regime fechado, sendo inadmissível a progressão.

RECURSO DE AGRAVO Nº 330.526-5/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Agravo em execução - Condenação por crime de homicídio duplamente qualificado - Sentença condenatória que fixou o regime fechado - Progressão de regime - Inadmissibilidade - Recurso provido.

Acórdão

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

assim autorizada pela prova dos autos, para que sua análise seja devidamente efetivada pelo soberano Tribunal Popular do Juri.

Ante aos fundamentos esposados e acatando o entendimento exarado no parecer ministerial do segundo grau, dou provimento parcial ao recurso para que, em relação ao recorrente Ariston Matias Cavalcanti seja desmembrado o processo, submetendo-o a julgamento, na Justiça comum, pelos crimes denunciados no art. 10 da Lei 9.437/97 e art. 16 da Lei 6.368/76. Quanto às demais razões recursais aduzidas em seu favor, como em relação ao apelante Antônio Raymundo Ribeiro Souza, nego-lhes provimento.

Assim e ante ao exposto é que concluo o voto e dou provimento parcial ao recurso.

É como voto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR ARISTON MATIAS CAVALCANTI, DESPROVENDO O AVIADO POR ANTÔNIO RAYMUNDO RIBEIRO SOUZA.

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - Edelberto Santiago - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de agravo em execução, fulcrado no art. 197 da LEP,

contra decisão da MMª. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, que concedeu a progressão de regime ao condenado Newlan Alves Silva, sob o fundamento de que o mesmo satisfaz os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, alegando, ainda, que "a r. sentença condenatória determinou o regime fechado, para o cumprimento do delito hediondo, cuja decisão transitou em julgado para a acusação" (fls. 54/56).

O agravante sustenta que não se pode interpretar a expressão "regime fechado", constante da sentença penal condenatória, como se "inicialmente fechado" fosse, sob pena de afronta ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, pelo que, em se tratando, como *in casu*, de crime considerado hediondo, deve-se impor, em qualquer caso, o regime integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

Contra-arrazoando o recurso, a defesa se bate pela manutenção da decisão.

A douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista, opina pelo conhecimento e provimento do recurso de agravo, sendo de se registrar que, mantida no juízo de retratação, foi a r. decisão agravada.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, conheço do presente recurso de agravo, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece reforma a r. decisão agravada.

O recorrido fora condenado a cumprir a pena de 20 (vinte) anos e 03 (três) meses de reclusão, dos quais 14 (quatorze) anos por crime de homicídio duplamente qualificado, fixado o regime fechado para o cumprimento da reprimenda.

Enfatize-se que o Plenário do Pretório Excelso já considerou constitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, segundo o qual a pena por crimes hedion-

dos, como tal considerado o homicídio qualificado, será cumprida em regime integralmente fechado.

Todavia, saliento que, até então, vinha adotando o entendimento de que, se estabelecido na sentença transitada em julgado para a acusação que a pena deveria ser cumprida em regime fechado e não integralmente fechado, não se podia negar a progressão, ainda que se tratasse de crime hediondo, sob pena de afronta à coisa julgada.

Curvo-me, doravante, ao entendimento emanado do Pretório Excelso, do qual não desto a c. Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, decidiu:

Ementa: Processual Penal - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - Regime prisional integralmente fechado - Lei nº 8.072/90, arts. 1º, I, e 2º, § 1º. Processo Penal. Recurso Especial. Lei nº 8.072/90. Homicídio qualificado. Sentença condenatória que fixou o regime fechado. Progressão de regime que não se admite.

- 1. Em se tratando de homicídio qualificado, definido como hediondo pela Lei nº 8.072/90, o regime de cumprimento de pena é o integralmente fechado, ainda que a sentença condenatória disponha que o desconto da reprimenda corporal se daria no regime fechado.

- 2. Recurso especial conhecido. (RE nº 426.268-0-MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, unânime, julgamento em 27.08.02).

Destarte, em se considerando que o recorrido cumpre pena em regime integralmente fechado, em virtude de condenação por crime que se considera hediondo, merece reforma a decisão monocrática que lhe concedeu o benefício da progressão de regime.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

JÚRI - QUESITOS - DEFEITO NA FORMULAÇÃO - NULIDADE NÃO ARGÜIDA EM MOMENTO OPORTUNO - PRECLUSÃO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO FÚTIL - LEGÍTIMA DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA - APOIO NO CONJUNTO PROBATÓRIO - CASSAÇÃO INADMISSÍVEL

- Não tendo sido a alegação de irregularidade no tocante à formulação e redação dos quesitos apresentada em tempo oportuno, conforme demonstra a ata do julgamento, ocorreu a preclusão.

- É entendimento jurisprudencial pacífico que a presença de vício na elaboração de quesito somente acarreta a nulidade do julgamento, caso não seja possível conhecer a vontade do Conselho de Sentença.

- Entendendo o tribunal *ad quem* ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, deverá cassá-la, a fim de que o acusado seja submetido a novo julgamento. Caso contrário, seria invadir a competência constitucional do juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

- Rejeita-se a tese de legítima defesa se a vítima estava desarmada e embriagada, não sendo crível que tenha agredido o acusado, com quem sequer havia discutido e que se encontrava, ainda, acompanhado de um amigo.

- Caracterizada está a qualificadora de motivo fútil se do conjunto probatório restou evidenciado que o homicídio foi praticado em razão de uma dívida de aproximadamente vinte reais.

- Se a decisão não está divorciada dos elementos dos autos, impossível a sua cassação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 321.190-1/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual Penal - Júri - Quesitos - Defeito na formulação - Nulidade não argüida em momento oportuno - Ocorrência de preclusão, além de ter sido adotada a melhor técnica na quesitação, não causando perplexidade nos jurados - Preliminar rejeitada - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Pedidos de absolvição, desclassificação do delito e decotação da qualificadora - Impossibilidade de serem atendidos - Soberania dos veredictos populares - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Acolhimento da tese acusatória - Apoio no conjunto probatório - Cassação inadmissível - Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DESPREZAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - Zulman Galdino - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Evandro João Lopes, qualificado, foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, do CP, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, porquanto, em 18.04.02, por volta das

22h, na Rua Pedro Barbosa, altura do nº 638, Bairro Monte Verde, em Poços de Caldas, efetuou disparo de arma de fogo contra a vítima Marciel Aparecido Nogueira dos Santos, provocando-lhe lesões que foram a causa eficiente de sua morte.

Inconformado com a sentença condenatória de fls. 189/193, apelou o acusado, arguindo, em preliminar, a nulidade do julgamento, por defeitos na formulação e redação dos quesitos. No mérito, requer sua absolvição, por ter agido em legítima defesa própria. Alternativamente, pleiteia a desclassificação do delito para o de lesões corporais seguidas de morte, visto ter atirado somente para assustar a vítima, bem como a decotação da qualificadora, diante da existência de discussão e briga antes dos fatos, aplicando-se-lhe, nessa hipótese, a pena de quatro anos de reclusão, uma vez incidente a atenuante da confissão espontânea (fls. 203/212).

O Ministério Público, em ambas as instâncias, pugna pela rejeição da preliminar e pelo desprovido do recurso (fls. 214/216 e 220/222).

Preliminarmente, são apontadas pela defesa irregularidades no tocante à formulação e redação dos quesitos, o que teria causado perplexidade nos jurados. Entretanto, verifica-se da ata de julgamento (fls. 197/200) não ter havido qualquer impugnação em momento oportuno, ocorrendo, assim, a preclusão.

Além disso, foi adotada a melhor técnica na quesitação (assertivas positivas), de modo a não gerar perplexidade nos jurados.

É entendimento jurisprudencial pacífico que a presença de vício na elaboração de quesito somente acarreta a nulidade do julgamento, caso não seja possível conhecer a vontade do Conselho de Sentença, a qual se mostrou inequívoca nos presentes autos.

Os quesitos tidos como prejudicados assim o foram diante das respostas aos quesitos anteriores. Uma vez afirmado que o réu quis o resultado morte, restou prejudicada a indagação acerca do dolo eventual em sua conduta. Por igual razão, diante da negativa de ter ele agido em defesa de uma agressão à sua pessoa, prejudicados ficaram os demais quesitos da respectiva excludente de antijuridicidade (fls. 185/188).

Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, inicialmente, cumpre esclarecer não ser possível, em grau de apelação, absolver o acusado, bem como desclassificar o delito ou decotar a qualificadora, tendo em vista a soberania dos veredictos populares. Entendendo o tribunal *ad quem* ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, deverá cassá-la, a fim de que o acusado seja submetido a novo julgamento. Caso contrário, seria invadir a competência constitucional do juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

A irrisignação não procede.

A materialidade delitiva está comprovada pelo relatório de necropsia (fls. 39/40) e esquema de lesões (fls. 42/43).

O acusado confessa haver efetuado disparo de arma de fogo contra o ofendido, porém alega ter agido em legítima defesa, tendo atirado somente para assustá-lo (fls. 28, 31/32, 63/64 e 167/168).

Entretanto, tal excludente de antijuridicidade somente se apóia no depoimento judicial de Everton Lino Político Favaro, amigo do réu que o acompanhava (fls. 80/81).

As testemunhas André Ferreira da Silva (fls. 17, 75 e 170/171), Liana Vieira (fls. 18/19, 78/79 e 172/173), Mari Alves Moraes (fls. 20/21, 76/77 e 175/176) e Jorge Paiva do Nascimento (fls. 23/24) afirmaram que a vítima foi chamada pelo réu e seu amigo para, juntos, descerem do ônibus, em determinado ponto de parada. Não viram qualquer discus-

são. Logo depois, Liamara, Mari e Jorge ouviram o disparo de arma de fogo.

Segundo Everton, "Marciel estava tão embriagado que não parava em pé" (fls. 80/81), o que também foi constatado pela testemunha Mari (fls. 175/176).

Ora, a vítima estava desarmada e embriagada, não sendo crível que tenha agredido o acusado, com quem sequer havia discutido e que se encontrava, ainda, acompanhado de um amigo.

A tese da legítima defesa era mesmo de ser rejeitada.

Por outro lado, o acusado atirou contra região vital (cabeça) do ofendido, evidenciando o *animus necandi* em sua conduta, ainda que a morte tenha ocorrido somente cinco dias após o disparo.

Também a qualificadora do motivo fútil encontra suporte no conjunto probatório. O homicídio foi praticado em razão de uma dívida (cerca de vinte reais) da vítima com o apelante, conforme se depreende das declarações deste, de Maria Aparecida dos Santos (fls. 178/180), Reginaldo Alves do Nascimento (fls. 22) e Everton Favaro (fls. 29/30). Acrescente-se, ainda, a inexistência de prévia discussão ou briga entre réu e ofendido (fls. 167/168), sendo que eventual luta corporal em momento imediatamente anterior aos fatos não afasta a futilidade do motivo.

Os jurados optaram pela versão acusatória e que está amparada no conjunto probatório, impossibilitando a cassação da decisão, porque não divorciada dos elementos dos autos.

A pena já se encontra aplicada no mínimo legal, não havendo como reduzi-la, ainda mais, em face da incidência da atenuante da confissão espontânea.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

JÚRI - QUESITOS - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - VOTAÇÃO APÓS O ACATAMENTO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO - JULGAMENTO - NULIDADE

- Nulo é o julgamento se, após acatar a tentativa de homicídio, o Júri reconhece que o acusado desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 326.036-1/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Júri - Votação da tese da desistência voluntária após o acatamento da tentativa de homicídio - Julgamento anulado - Recurso ministerial provido. - Nulo é o julgamento se, após acatar a tentativa de homicídio, o Júri reconhece que o acusado desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do delito.

Relatório

Pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter, no dia 08 de agosto de 1998, cerca das 11 horas, na Rua Boa Vista, Distrito de Campo Alegre, tentado contra a vida de Izaque Luiz da Silva, desferindo-lhe golpes de faca, só não o matando, por circunstâncias alheias à sua vontade; uma vez libelado, submeteu-se José Nilton Pereira de Souza a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Resplendor, ocasião em que se viu condenado nas iras do art. 129, § 1º, incisos I e II, do Codex, recebendo a reprimenda de um ano de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, suspensão condicionalmente pelo período de dois anos.

Submetido a novo julgamento, vez que o anterior foi anulado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (fls. 148/150), viu-se o acusado novamente condenado, de forma idêntica, tendo o *dominus litis*, a tempo e modo, com fulcro no art. 593, inciso III, alínea a, do Código de Processo Penal, recorrido do *decisum*, sustentando a nulidade do julgamento, ao argumento de errônea elaboração de quesitação, que gerou perplexa decisão dos Jurados.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu provimento opinou a doutra Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Gilberto Augusto de Mendonça.

Em síntese, é o relatório.

À criteriosa revisão do eminente e culto Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2003. -
Edelberto Santiago - Relator.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, PROVER O RECURSO MINISTERIAL, ANULANDO O JULGAMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. -
Edelberto Santiago - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos)

Preliminarmente, conheço do recurso ministerial, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, assiste razão ao Órgão Ministerial, vez que foi elaborada quesitação errônea, que gerou perplexa decisão dos Senhores Jurados.

É que, conforme bem enfatizado pelo ilustrado Procurador de Justiça oficiante (fls. 193/194), ocorreu perplexidade, pois,

... enquanto o quesito nº 2 questiona os jurados se o réu deu início à execução de um crime de homicídio que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, o quesito nº 3 questiona se o réu desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do crime.

A contradição é evidente: após responderem afirmativamente que o delito não se consumou por razões alheias à vontade do agente, os jurados, também por maioria de votos, afirmam que o acusado desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do delito de homicídio, ou seja, ele não se consumou por vontade do agente.

A *propos*, bem lembrada pelo ilustrado Promotor de Justiça, nas razões recursais de fls.

182/185, a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, citada por ADRIANO MARREY e outros (*Teoria e Prática do Júri*, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 1.025):

Quesitos - Nulidade - Vício do questionário - Resposta afirmativa ao quesito da tentativa de homicídio e posterior reconhecimento da desistência voluntária - Incoerência manifesta. - Em julgamento perante o Júri, de tentativa delinquencial, as teses defensórias da desistência voluntária ou arrependimento eficaz ficam implicitamente respondidas com a votação do quesito relativo ao início de execução e incoerência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. É que, se este quesito foi afirmado, as referidas teses implicitamente caíram; e, se negado, a queda terá sido da própria

imputação da tentativa (TJSP - Apelação - Relator Des. Azevedo Franceschini - RJTJSP, 54/357).

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial, para o fim de anular o julgamento.

Custas, a final.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO MINISTERIAL, ANULANDO O JULGAMENTO.

REVISÃO CRIMINAL - PEDIDO FUNDADO APENAS NA FIXAÇÃO DA PENA - FALTA DE AMPARO LEGAL - INADMISSIBILIDADE

- O pedido de revisão criminal fundado no art. 621, III, última parte, do Código de Processo Penal, somente é admissível se demonstrada a existência de causa especial de diminuição de pena ou, então, se não houve a qualificadora nem eventual agravante reconhecidas na sentença condenatória.

REVISÃO CRIMINAL Nº 279.996-3/00 - Comarca de Campina Verde - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Revisão criminal - Pedido fundado apenas na fixação da pena - Inadmissibilidade, por falta de amparo legal. - O pedido de revisão criminal fundado no artigo 621, III, última parte, do Código de Processo Penal somente é admissível se demonstrada a existência de causa especial de diminuição de pena, ou, então, que não houve a qualificadora nem eventual agravante reconhecidas na sentença condenatória. - Pedido indeferido.

Acórdão

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO REVISIONAL.

Belo Horizonte, 08 de setembro de 2003. - Márcia Milanez - Relatora.

Notas taquigráficas

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Indefiro o pedido de revisão formulado pelo sentenciado Anderson de Souza por ausência dos pressupostos de sua admissibilidade.

somente é admissível se demonstrada a existência de causa especial de diminuição de pena, ou, então, que não houve a qualificadora nem eventual agravante reconhecida na sentença condenatória.

Ademais, cumpre acentuar que o predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de não se autorizar a revisão criminal fundada apenas na fixação da pena.

INOCÊNCIO BORGES DA ROSA diz:

que a segunda parte do nº III do art. 621 do Código de Processo Penal não se refere às circunstâncias atenuantes previstas, de maneira geral, no art. 48 do Código Penal (atual art. 65), mas, sim, à atenuação ou diminuição especial, tal como a prevista no parágrafo único do dito artigo, que diz: 'Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido' (*Processo Penal Brasileiro*, v. IV, p. 68).

Na mesma linha de entendimento, sustenta TOURINHO FILHO:

... finalmente o inciso III do art. 621: 'quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena'. Exige-se, pois, haja novas provas no sentido de que o fato efetivamente não existiu, de que o réu não concorreu para a infração penal, de que houve uma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, de que existiu causa de especial diminuição de pena, ou, então, de que não houve a qualificadora nem eventual agravante. Dentre as causas de especial diminuição de pena, destacam-se as previstas nos artigos 14, parágrafo único, 26, parágrafo único, 28, § 2º, 69, 70, 71, 121, § 1º, 129, §§ 4º e 5º, 170, 171, § 2º, etc. do Código Penal (*Código de Processo Penal Anotado*, 5ª ed. atualizada, v. 2º, p. 621).

Sobre a questão aqui analisada, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento da RvCr 139/SP, Relator o Min. Vicente Leal, assim decidiu:

Processual Penal - Revisão criminal - Pressupostos. CPP, art. 621.

- As sentenças penais condenatórias transitadas em julgado podem ser desconstituídas por via do instituto da revisão criminal, que será admitida se presente uma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP - sentença contrária ao texto da lei penal ou à evidência dos autos; sentença fundada em prova falsa; ou surgimento, após a sentença, de novas provas de inocência ou de circunstância que enseje redução de pena.

- Não procede o pedido de revisão criminal fundado em singelo pleito de fixação da pena-base no mini-

mo legal, sem invocação de qualquer das circunstâncias arroladas no mencionado cânon legal.

- Revisão criminal indeferida (RvCr 139/SP, Relator Min. Vicente Leal, DJU de 03.06.1996).

Posteriormente, o mesmo Tribunal reafirmou entendimento idêntico:

Revisão criminal - Pedido fundado exclusivamente na fixação da pena-base que se pretende exacerbar - Inadmissibilidade, pois não encontra respaldo no sistema penal. - O pedido de revisão criminal fundado na fixação da pena-base, que se pretende exacerbar, não encontra respaldo em nosso sistema penal (REsp 149.589-DF - 5ª Turma - Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 1º.03.1999).

No caso específico, é fácil verificar a improcedência da pretensão do sentenciado.

Na verdade, no Processo nº 4.357/99, Anderson de Souza foi denunciado na Comarca de Campina Verde pela infração do art. 12 da Lei 6.368/76, por haver, no dia 28 de fevereiro de 1999, fornecido gratuitamente uma porção de maconha ao usuário Ottoniel Silva Miranda. Condenado à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime prisional integralmente fechado, recorreu da sentença para a Superior Instância, tendo a egrégia Primeira Câmara Criminal, no julgamento da Ap. 189.465-8, Relator o eminente Desembargador Luiz Carlos Biasutti, à unanimidade de votos, negado provimento ao apelo (fls. 140/143 dos autos principais).

Pela infração acima descrita não foi preso em flagrante e, por isso, ficou livre para continuar exercendo o comércio clandestino de drogas.

Assim, no dia 04 de março do mesmo ano acabou surpreendido pela Polícia depois de vender porções de maconha para os usuários F.J.S. e J.B.F., menores de 21 anos de idade, sendo, em consequência, condenado à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão (fls. 113/116 dos autos principais n. 4.481/99).

Inaceitável, no caso *sub judice*, a tese defensiva de continuidade delitiva.

Sobre o conceito de crime continuado, pondera JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*Código Penal Interpretado*, p. 401/402)

que, adotando a teoria objetiva pura, como se diz expressamente na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei 7.209/94, que entende ser o crime continuado uma realidade apurável objetivamente por meio dos elementos circunstanciais exteriores, independentemente da unidade de desígnio, o Código conceitua o crime continuado como o conjunto de ilícitos praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Não exige a lei, apesar de muitas

vezes se ter decidido, que haja unidade de designios, uma vez que no crime continuado não se cogita da existência de uma unidade real, mas de uma ficção jurídica, bastando que as circunstâncias objetivas levem à conclusão da continuidade delitiva. Também, por esse motivo, restou totalmente superada a corrente que pregava a inadmissibilidade de continuidade delitiva em crimes que atingem bens personalíssimos de vítimas diversas. A continuidade delitiva, entretanto, deixa de existir se essas circunstâncias reais não indicam a continuação, mas a reiteração do crime pelo criminoso habitual. A continuidade não pode ser confundida com habitualidade, denunciada pela prática reiterada de ilícitos por agente que faz dela seu meio de vida (grifei).

Nesse sentido é a jurisprudência predominante:

Crime continuado - Descaracterização - Delitos praticados em bairros diferentes, em dias diversos, sem elo entre eles - Hipótese de mera reiteração criminosa - Unificação de penas inadmissível.

- *Habeas corpus*. Unificação de penas. Continuidade delitiva não reconhecida. Reiteração criminosa. Delitos autônomos. Delinquência habitual. Onze crimes perpetrados, pelo paciente, no período de setembro a março. Código Penal, art. 71. Crimes praticados em bairros e cidades diferentes, em dias diversos, sem elo entre eles. *Habeas corpus* indeferido (HC 69.059-9-SP - Rel. Min. Néri da Silveira - DJU de 12.3.93 - RT, 696/425).

A habitualidade é incompatível com a continuidade delitiva (STJ - REsp 21.111, DJU de 22.11.93 - RT, 717/476).

A reiteração de crimes da mesma espécie cometidos com diversidade de comparsas e locais, inexistindo nexos temporal entre eles, evidencia o delinquente habitual, descaracterizando o crime continuado para efeito de unificação de penas (TJSP - RT, 692/270).

No caso específico, não se trata de continuidade delitiva, mas sim de habitualidade e reiteração criminosa. Aliás, o indivíduo que adota o tráfico de drogas como norma de vida é, sem dúvida alguma, um delinquente habitual e por tendência. A sua conduta é exatamente a de procurar difundir o vício e assim transformar o usuário em uma presa fácil.

Isto posto, indefiro o pedido de revisão formulado pelo sentenciado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Anderson de Souza, em requerimento por ele manuscrito, ratificado através de petição subscrita por ilustre defensora pública municipal, fl. 36, pretende revisão criminal aos funda-

mentos de ambas as peças acima apontadas.

O primeiro requerimento foi encaminhado ao TAMG, e de lá remetido a este Sodalício, Tribunal competente para o julgamento da ação.

Registre-se, sem nenhum desabono para o peticionário que não é nada letrado, que é a primeira vez que se vê, escrito o que só ouvíra, com ironia, isto é, a denominação Tribunal de "ossada", cf. fl. 03.

A pretensão não tem como ser atendida, seja ao enfoque apenas humanitário do requerimento manuscrito, seja ao enfoque jurídico contido na petição técnica.

Trata-se de dois processos distintos, como se vê dos dois apensos que acompanham os autos do pedido de revisão.

Neste sentido, é correta e objetiva a manifestação do parecer ministerial do segundo grau, assim posto, cf. fl. 45:

São dois casos distintos e crimes distintos, sem a menor sombra de dúvida, que o peticionário trafica drogas na cidade de Campina Verde, quer distribuindo-a gratuitamente, quer vendendo.

Trata-se, pois, de reiteração de crimes praticados em locais diferentes, em datas também distintas, sem nenhuma comunicação entre eles, de sorte que não configuram a pretendida continuidade delitiva insinuada alhures.

A habitualidade criminosa, *in casu*, não configura delitos continuados, nos termos do art. 71 do Código Penal.

Além disso, não se vê nas decisões aplicadas ao peticionário a mínima configuração de qualquer hipótese satisfatória de eventual provimento factível em sede de ação de revisão criminal.

Acompanho, pois, o bem-fundamentado voto da d. Relatora e indefiro o pedido.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - De acordo.

Os Srs. Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel, Sérgio Braga, Erony da Silva, Edelberto Santiago, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Hercúlo Rodrigues e José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, INDEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL.

HABEAS CORPUS - EXCESSO DE PRAZO - ALEGAÇÃO NÃO ACOLHIDA - PRISÃO PREVENTIVA - MANUTENÇÃO

- É admissível a eventual extrapolação do prazo legal para a formação da culpa, quando se trata de causa em que as peculiaridades do caso importam maior tempo para o encerramento da instrução.

- Presentes os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, não há que se falar em sua revogação.

HABEAS CORPUS Nº 320.519-2/00 - Comarca de Pitangui - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Excesso de prazo - Alegação não acolhida - Prisão preventiva - Manutenção - Ordem denegada. - É admissível a eventual extrapolação do prazo legal para a formação da culpa quando se trata de causa em que as peculiaridades do caso implicam maior tempo para o encerramento da instrução. - Se os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva se fazem presentes, não há que se falar em sua revogação. 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, 20 de fevereiro de 2003. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Edson Antônio Teófilo e Robson da Silva Antunes ao fundamento de que há excesso de prazo na instrução, já que presos desde o dia 26.7.2002, e de que não há motivos para que se mantenha a prisão preventiva.

Distribuídos os autos neste Tribunal, declinei da competência para o egrégio Tribunal de Alçada, vez que, segundo a impetração, estaria sendo imputada aos pacientes a prática do delito do art. 157 do Código Penal (fl. 16).

Encaminhados os autos ao colendo TA, foram requisitadas informações, que foram prestadas às fls. 24/25, tendo o MM. Juiz dado notícia de que o primeiro paciente está denunciado pela prática do delito do art. 348 do CP (favorecimento pessoal).

Instada a manifestar-se, a d. Procuradoria opinou pela denegação da ordem (fls. 58/61).

O egrégio TA declinou da competência para este Tribunal, em face da informação da autoridade coatora, dando conta de que o primeiro paciente repõe pela prática de crime contra a administração da justiça.

Vieram-me os autos conclusos.

Decido.

Antes de mais nada, cabe dizer que a declinação inicial da competência para o colendo Tribunal de Alçada se deveu à informação contida na inicial da impetração, segundo a qual ambos os pacientes estariam acusados da prática do delito do art. 157 do CP, o que, como visto, não se confirmou, pois o paciente Edson responde, na verdade, pelo crime do art. 348 do CP, o que, conforme sustentado pelo acórdão de fls. 63/66, importa na competência deste Tribunal de Justiça para conhecer da impetração.

Feita esta observação, tenho que a razão não assiste aos pacientes quando alegam a ocorrência do excesso de prazo na instrução, pois, como cediço, é admissível a eventual extrapolação do prazo legal para a formação da culpa quando se trata de causa em que as peculiaridades do caso importam em maior tempo para o encerramento da instrução.

Nesse sentido:

Ainda que a lei processual estabeleça prazos mínimos para o encerramento da formação da culpa na hipótese de ação penal em que são denunciados réus sob custódia preventiva, a ultrapassagem desse prazo não constitui constrangimento ilegal, nos casos em que o processo, pelas suas peculiaridades, revela acentuada complexidade, seja pela pluralidade de réus, seja em face da colheita de provas (STJ, RT, 764/504).

Ora, refere-se o caso em exame, segundo informa o MM. Juiz, a uma quadrilha que assaltou uma agência bancária na Cidade de Pitangui, composta por vários réus que se encontram presos em várias comarcas e com vários defensores, donde a

dificuldade de se imprimir um andamento célere ao processo.

Também sem razão os pacientes no que se refere à alegação de que deve a prisão preventiva ser revogada, tendo em vista que os motivos que a ensejaram, devidamente demonstrados na r. decisão de fls. 51/52, permanecem presentes.

RESISTÊNCIA - REAÇÃO MODERADA À ORDEM DE PRISÃO - AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO - DELITO NÃO CONFIGURADO - USO DE IDENTIDADE ALHEIA - CRIME DE MERA CONDUTA - CONFIGURAÇÃO - TENTATIVA - INEXISTÊNCIA

- O delito de resistência capitulado no art. 329 do Código Penal não se configura, se o agente tão-somente reage, de forma moderada, à ordem de prisão, na busca do justo anseio à liberdade, ainda mais quando a prova carreada dá margem a dúvidas sobre a ocorrência da própria conduta delitiva.

- O simples comportamento rude ou desrespeitoso do agente com os policiais, opondo-se ao cumprimento da ordem de prisão, não configura delito de resistência, se não se detecta a existência do dolo específico, que é a vontade deliberada de impedir a concretização do ato legal.

- Configura-se o delito do art. 308 do Código Penal quando o agente cede ou faz uso de documento alheio para se furtar a uma abordagem policial, não se tratando de hipótese de simples tentativa, haja vista que o delito em questão é de mera conduta, consumando-se no exato momento da cessão ou da utilização indevida, independentemente da produção de qualquer resultado lesivo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 310.988-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Penal - Crime de resistência - Prova - Não-configuração - Crime de uso de documento alheio - Delito de mera conduta - Ocorrência de resultado - Irrelevância - Configuração. - Não se considera configurado o delito de resistência, capitulado no art. 329 do CP, se o agente tão-somente reage, de forma moderada, à ordem de prisão, na busca do justo anseio à liberdade, ainda mais quando a prova carreada dá margem a dúvidas sobre a ocorrência da própria conduta delitiva. Entende-se configurado o delito do art. 308 do CP quando o agente cede ou faz uso do documento alheio para se furtar a uma abordagem policial, não se tratando de hipótese de simples tentativa, haja vista que o delito em questão é de mera conduta, consumando-se no exato momento da cessão ou da utilização indevida, independentemente da produção de qualquer resultado lesivo.

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.,

Isso posto, e acolhendo, na íntegra o parecer da d. Procuradoria, denego a ordem.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2003. -
Reynaldo Ximenes Carneiro - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público em face da r. sentença de fls. 97/99-TJ, em razão da qual o acusado Carlos Eduardo Bastos Santos foi absolvido do delito de apropriação indébita, previsto no art. 168 do CP, do crime do art. 308 do CP, bem como do crime de resistência, capitulado no art. 329 do Código Penal; e o acusado Bruno Antônio Bastos Santos dos dois últimos crimes, em relação aos quais foi denunciado.

A acusação insurgiu-se tão-somente quanto à absolvição pelos crimes de apropriação indébita e resistência, argumentando, em suma, que a decisão

singular estaria distante da prova carreada aos autos, quanto ao primeiro crime, porque restou evidenciado que o primeiro acusado teria achado a carteira da vítima Alexander no Batalhão onde ambos exerciam função militar, o que indicaria que o referido documento se encontrava na posse daquele, comprovando, pois, a materialidade delitiva; que teria decorrido lapso considerável entre a perda do documento, ocorrida em 15.01.2001, até a sua efetiva apreensão na posse dos réus, que se dera em 06.06.2001, tempo mais que suficiente para que se procedesse à devolução, mormente porque o primeiro acusado tinha pleno conhecimento do sumiço da carteira, vez que fora realizada uma revista na tropa; que o crime de resistência teria restado claramente demonstrado, segundo o depoimento das testemunhas ouvidas, e, finalmente, que o crime de uso de documento alheio (art. 308 do CP) também se teria consumado com o repasse e posterior apresentação aos policiais que realizaram a abordagem, a impor a condenação nos moldes postulados na denúncia.

Contra-razões às fls. 109/115-TJ, pugnando pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou no sentido do conhecimento e do provimento parcial do apelo interposto, tão-somente para que os acusados fossem condenados pelo crime previsto no art. 308 do CP, em relação ao qual foram ambos os acusados denunciados.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, estou a entender que o presente recurso deva ser provido parcialmente, tão-somente para que sejam ambos os acusados condenados pela prática do crime de uso de documento alheio, capitulado no art. 308 do CP, devendo, por outro lado, ser mantida a absolvição quanto aos demais crimes de apropriação indébita e resistência.

De fato, quanto ao delito de apropriação indébita imputado tão-somente ao primeiro acusado - Carlos Eduardo Santos Bastos -, a sua configuração acha-se realmente prejudicada, seja porque o documento usurpado não possui qualquer valor econômico, seja porque deva ser absorvido pelo outro crime de uso de documento alheio, por traduzir mero ato preparatório do uso, isto é, meio para este fim, incidindo, pois, o princípio da consunção.

Da mesma forma, entendo não ter restado caracterizado o crime de resistência, previsto no art. 329 do CP, isto porque não se pode extrair dos depoimentos colhidos em juízo que os acusados se teriam realmente oposto à ordem e prisão, tendo havido,

quando muito, mera tentativa de se safarem da abordagem policial, na busca do justo anseio à liberdade.

Em análise ao depoimento prestado em juízo (fl. 100-TJ) pelo policial militar Renato Soares, é possível inferir-se que em momento algum os acusados se utilizaram de violência ou alteraram o tom de voz, a demonstrar, a toda evidência, que nenhuma resistência ocorrera à ordem de prisão.

E, ainda que assim não fosse, já que na fase inquisitorial algumas testemunhas realmente declararam que o primeiro acusado teria de fato enfrentado os policiais, não se pode concluir, com segurança, que houve manifesta oposição à ordem de prisão, mesmo porque, ao que se vê, foram eles pilhados de surpresa, tendo, assim, reagido de forma moderada, embora positiva, no justo anseio de liberdade, o que, por si só, não configura o delito em espécie.

Assim, o simples comportamento rude ou desrespeitoso do agente para com os policiais, opondo-se ao cumprimento da ordem de prisão, não configura o delito de resistência, se não se detecta a existência do dolo específico, qual seja, a vontade deliberada de impedir a concretização do ato legal.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

Para a tipificação do delito de resistência, a oposição à prática de ato legal deve ser efetiva, nada significando a mera resistência passiva, bem como o fato de esperar e desferir o acusado pontapés em seu detentor (TACRIM-SP - AC - Rel. Brenno Marcondes - RT, 601/332).

Ademais, como alhures já se disse, a prova constante dos autos é dúbia, não se podendo afirmar com certeza que a resistência se tenha verificado, posto que as testemunhas civis ouvidas no curso do inquérito também teriam sido previamente importunadas pelos acusados, devendo, assim, ser tomadas com reserva as suas declarações. E, sendo vacilante a prova, valoriza-se a posição do Magistrado, que presidiu a instrução e pôde de perto perceber e sentir as reações das testemunhas e partes.

Contudo, no que tange ao crime do art. 308 do CP, entendo que a sua prática, por parte de ambos os acusados, restou sem sombra de dúvidas patenteada nos autos, ao se verificar que o primeiro denunciado, Carlos Eduardo, teria repassado a seu irmão Bruno um documento do exercício apropriado de forma indevida, enquanto este, ao ser abordado pelos policiais na companhia daquele, teria feito uso do referido documento.

Saliente-se, por oportuno, que o fato de terem os policiais obstado o uso do documento, ao perceberem

de pronto que o mesmo não pertencia ao seu portador, não afasta a configuração delitiva, pois, a par de não exigir o tipo em questão que a cessão ou o uso tenha por finalidade a obtenção de vantagem ou a intenção de causar dano, de se ter que se trata de hipótese de crime unissubsistente, que não admite a tentativa, consumando-se, no que concerne à ação desenvolvida pelo primeiro acusado, no momento em que este cedeu o documento alheio a seu irmão e, quanto àquela realizada pelo segundo, no momento em que o mesmo o apresentou aos policiais.

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

Em sua modalidade de uso, como próprio, de documento de identidade alheio, o art. 308 do CP caracteriza infração de mera conduta, consumando-se independentemente da obtenção de qualquer resultado. A previsão legislativa teve em vista a mera potencialidade de dano que pode defluir de um atentado à fé pública (RT, 589/354).

Por outro lado, é de se pontificar que prova cabal de que pretendiam os acusados fazer uso indevido do documento apropriado, quando se tem em vista que a carteira do exército por eles utilizada estava na posse do primeiro deles desde o dia 15 de maio de 2001, quando é certo que os fatos ocorreram em 1º de junho de 2001, portanto decorrendo quinze dias sem que o documento fosse devolvido a seu legítimo proprietário, com o realce de ter havido revista na tropa em razão de seu desaparecimento.

Assim, impõe-se a condenação dos acusados pelo crime previsto no art. 308 do CP, em face do que julgo parcialmente procedente a denúncia, para condená-los como incurso nas sanções cominadas ao referido crime, passando, por conseguinte, a dosar-lhes.

Carlos Eduardo Bastos Santos:

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, mais especificamente a culpabilidade do acusado, cuja conduta há que ser considerada reprovável; a sua personalidade e conduta social, não reveladoras de qualquer distúrbio ou mácula, à ausência de antecedentes criminais, às circunstâncias do crime, que, no seu caso, não induzem à conclusão de serem mais graves que aquelas que normalmente são esperadas em relação ao delito, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) meses de detenção, a qual torno definitiva neste patamar à ausência de fatores que a modifiquem, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, o dia-multa fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Bruno Antônio Bastos Santos:

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, mais especificamente a culpabilidade do acusado, cuja conduta há que ser considerada reprovável; a sua personalidade e conduta social, não reveladoras de qualquer distúrbio ou mácula, à ausência de antecedentes criminais, às circunstâncias e conseqüências do crime que, no seu caso, não induzem à conclusão de serem mais graves que aquelas que normalmente são esperadas em relação ao delito, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) meses de detenção, a qual torno definitiva neste patamar à ausência de fatores que a modifiquem, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, o dia-multa fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em relação ao primeiro denunciado, estou a entender deva ser declarada extinta a punibilidade pela prescrição, pois entre a data do recebimento da denúncia (10.07.2001) e até a presente data decorreu o lapso temporal de um ano e nove meses. Ocorre que o acusado em questão é menor de 21 anos, devendo a prescrição, por conseguinte, regular-se pela metade dos prazos prescricionais previstos no art. 109 do CP, nos termos do que dispõe o art. 115 do CP, que, *in casu*, seria de apenas um ano, a conduzir à conclusão de estar prescrita a pretensão punitiva estatal.

Por outro lado, não se inserindo a situação do segundo denunciado na benesse prevista no art. 115 do CP, verifico que o mesmo preenche os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado pela substituição da pena, em razão do que substituo a pena privativa de liberdade a si arbitrada por uma pena restritiva de direitos, nos moldes do que determina o art. 44, § 2º, do CP, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, pelo prazo estabelecido para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem prejuízo da multa.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

USO DE DOCUMENTO FALSO - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE FOI EXIBIDA A PEDIDO DE AGENTE DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO - IRRELEVÂNCIA - PRÁTICA DE DELITO COMPROVADA - CONDENAÇÃO - APLICAÇÃO DE PENA ALTERNATIVA - SUBSTITUIÇÃO PELA CONCESSÃO DO *SURSIS* - POSSIBILIDADE

- Quem exhibe Carteira Nacional de Habilitação que sabe ser falsa incorre nas sanções do art. 304 do Código Penal. A alegação de que tal exibição se deu durante *blitz*, em atenção a pedido de agente da autoridade de trânsito, é insuficiente para afastar o dolo consistente na vontade livre e consciente de fazer uso do documento falso.

- Desde que atendidas as condições legais, é possível substituir a aplicação das penas alternativas pela concessão do *sursis* se essa solução é menos gravosa para o condenado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 299.901-9/00 - Comarca de Açucena - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAIÁ BORGES

Ementa oficial: Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação adquirida mediante pagamento - Alegação de que foi exibida a pedido do agente da autoridade de trânsito - Irrelevância - Prática do delito comprovada - Condenação - Pena alternativa - Aplicação - Pedido de concessão do *sursis* - Possibilidade. - Está incurso nas sanções do art. 304 do CP aquele que, durante uma *blitz* de trânsito, exhibe uma carteira de habilitação que sabe ser falsa. Não existe óbice algum a que se conceda ao condenado o benefício do *sursis* se o cumprimento das penas restritivas de direitos, aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade, revela-se mais gravoso.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - José Antonino Baia Borges - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - A r. sentença de fls. 85/89 condenou Carlos Roberto Alvarino Collares, como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, mais 10 dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e em multa de um salário mínimo.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, pedindo a absolvição, ao argumento de que, como a exibição da carteira se deu por solicitação policial, não houve vontade consciente da exibição, elemento subjetivo do tipo penal, motivo por que não há que se falar em prática do delito. Caso assim não se entenda, pede a substituição das penas alternativas pelo *sursis* (fls. 105/107).

O MP apresentou contra-razões, opinando pela manutenção da sentença (fls. 109/112).

A d. Procuradoria opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 120/122).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ao exame dos autos, verifica-se que o apelante, ao depor em juízo, confessou que adquiriu, mediante o pagamento de R\$400,00, a carteira de habilitação, que se acha à fl. 11, cuja falsidade está atestada pelo laudo de fls. 09/10, e que a apresentou durante uma *blitz* policial.

O policial ouvido à fl. 63 confirmou a apreensão do documento.

Não sem razão, o apelante, em seu apelo, não nega o fato. Apenas sustenta, como visto na exposição, que a exibição do documento não foi voluntária, porque solicitada pelo policial, em uma *blitz*, razão pela qual não se pode falar em dolo e, por conseqüência, em crime.

Data *venia*, a razão não lhe assiste.

É que o fato de a exibição da CNH ter-se dado em razão de um policial ter pedido para vê-la, durante

uma fiscalização de trânsito, em nada afasta o dolo, consistente na vontade livre e consciente de fazer uso do documento falso.

Afinal, é óbvio que aquele que adquire uma carteira de habilitação o faz exatamente para que, em uma eventualidade como essa, possa passar por uma *blitz*, como se habilitado fosse.

E, se durante a *blitz* exhibe o documento, o faz por livre e espontânea vontade.

De outro lado, não teria sentido algum pensar que o crime só ocorreria se o agente tomasse a iniciativa de exhibir o documento ao agente da autoridade de trânsito, uma vez que é evidente que ninguém toma a iniciativa de fazê-lo; somente o faz quando a tanto solicitado.

Nessa linha de entendimento, já se pronunciou o STF:

Se o motorista, abordado por agente da autoridade, exhibe carta de habilitação para dirigir veículo motorizado, que sabe falsificada, incide na prática de crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) (RT, 704/434).

Por força dessas razões, não há que se falar em absolvição.

Quanto ao pedido de substituição das penas alternativas pelo *sursis*, tenho que o pleito recursal deve ser atendido, exatamente como sugerido pela d. Procuradoria, de modo que a aplicação das penas alternativas não venha, no caso, comprometer a atividade laborativa do recorrente.

A respeito da questão, é preciso considerar que o próprio inciso III do art. 77 do Código Penal autoriza a concessão do *sursis* quando a execução das penas alternativas não é indicada.

Ainda a respeito da questão, há que se considerar que o benefício do art. 44 do Código Penal antecede o do art. 77 na aplicação com o único objetivo de assegurar ao condenado o benefício mais favorável.

JÚRI - SOBERANIA - DECISÃO DOS JURADOS QUE OPTA POR UMA DAS VERSÕES EXISTENTES NOS AUTOS - EQUIVOCO QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA - HOMICÍDIO SIMPLES APENADO COMO QUALIFICADO - PREVALÊNCIA DO QUE FOI CONSIGNADO EM ATA - FIXAÇÃO DE NOVA PENA PELO TRIBUNAL - POSSIBILIDADE - ORDEM DOS QUESITOS - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DA DEFESA NO MOMENTO OPORTUNO - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE

Assim sendo, se a aplicação das penas alternativas está a se revelar mais gravosa do que a suspensão condicional da pena, não se tem como insistir em sua aplicação em vez de se conceder o *sursis*, se, obviamente, preenchidos os requisitos.

Sobre o tema, cabe lembrar a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, no sentido de que, a despeito de dever o juiz, antes de conceder o benefício da suspensão condicional da pena, verificar se é cabível ou não a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas,

deve prevalecer a concessão do *sursis* especial, que pode corresponder a uma solução menos gravosa para o condenado do que a substituição por pena restritiva de direitos (cf. *Código Penal Interpretado*, Atlas, 2000, p. 425).

Por fim, vale registrar que esta Câmara já julgou caso similar, de que foi Relator o em. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, cujo acórdão veio assim ementado:

Crime de uso de documento falso - *Sursis* - Substituição da pena - Possibilidade de alteração - Desde que atendidas as condições exigidas em lei, não se acha impedida a concessão ao réu do benefício do *sursis*, uma vez também viável a figura da substituição da pena, quando aquele se apresentar mais vantajoso a este, porquanto se inserindo na categoria de direito subjetivo do acusado, o que deverá informar a sua concessão é a constatação de ser uma solução menos gravosa ao agente (Apelação Criminal nº 242.196-4).

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para que seja concedido ao recorrente o benefício do *sursis*, previsto no art. 78, § 2º, do CP, em vez da substituição da pena, devendo suas condições ser estabelecidas no juízo da execução.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

- Se, por ocasião da quesitação, a defesa não se manifestou contrariamente em relação à ordem dos quesitos e se esta obedeceu à melhor técnica jurídica, não se vislumbrando prejuízo, não há que se falar em nulidade.

- Se o Tribunal do Júri opta por uma das teses existentes nos autos - acusação ou defesa -, deve-se manter a decisão soberana dos jurados, prevalecendo o que está consignado na ata e no termo de votação.

- Havendo equívoco consistente em se apenar o réu que praticou homicídio simples como se tivesse cometido a modalidade qualificada, o juízo *ad quem* reformará a sentença primeva, fixando a pena adequada ao caso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 291.884-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Apelação - Júri - Ordem dos quesitos - Ausência de manifestação da defesa no momento oportuno - Inocorrência de nulidade - Decisão dos jurados que opta por uma das versões existentes nos autos - Soberania do Júri - Equívoco quanto à dosimetria da pena - Homicídio simples apenado como qualificado - Prevalência do que foi consignado em ata - Negado provimento ao recurso e, de ofício, fixada nova pena. - Se, por ocasião da quesitação, não se manifestou contrariamente a defesa em relação à ordem dos quesitos e se obedeceu ela à melhor técnica jurídica, não há falar em nulidade. - Se o Tribunal do Júri opta por uma das versões existentes nos autos, deve-se manter a decisão soberana dos jurados, devendo prevalecer o que está consignado na ata e no termo de votação, fixando-se, de ofício, nova pena ao réu, por equívoco verificado em sua aplicação.

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 PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DE ACORDO COM A DECISÃO DO JÚRI, DAR O APELANTE COMO AUTOR DE HOMICÍDIO SIMPLES, FIXANDO A PENA EM 06 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2003. -
Gomes Lima - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Silvio Gomes.

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Belo Horizonte-MG, Almiro Mendonça da Silva foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri e, ao final, foi

condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do C. Penal, sendo apenado com doze (12) anos de reclusão, em regime fechado, porque, em 21 de dezembro de 1998, na residência de Ezequiel Ventura, na Rua Lotus, nº 166, no Conjunto Betânia, no Bairro Betânia, matou-o com disparos de arma de fogo.

Inconformado, apelou Almiro, alegando preliminar de nulidade do julgamento porque, quando do pedido de desclassificação do homicídio, de doloso para culposo, pediu que as modalidades de imperícia, imprudência e negligência fossem quesitadas separadamente, embora tivesse alegado apenas negligência e imprudência; alegou também nulidade do julgamento porque houve inversão das teses da defesa. Quanto ao mérito, segundo depoimentos que cita, disse o apelante que não há prova de que, de fato, tivesse a intenção de matar a vítima.

Contra-razões, às fls. 266/270-TJ, nas quais o Promotor de Justiça sustenta que a reclamação da Defesa se deu apenas depois de votados os quesitos e que, quanto ao mérito, os Senhores Jurados decidiram corretamente, decidiram conforme a prova dos autos.

Emitindo parecer às fls. 274/279-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição das preliminares e pelo não-provimento do recurso, afirmando que a reclamação sobre os quesitos se deu apenas após a votação e que a técnica empregada na quesitação é correta.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Conforme se verifica da ata de julgamento de fls. 218/223-TJ, só depois da votação dos quesitos, a defesa se manifestou, embora tivesse concordado com os mesmos e nenhuma reclamação tenha feito - vide fl. 220-TJ.

Ademais, a redação abrangendo a *ratio legis* atende às disposições legais.

Rejeito esta preliminar.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Conquanto entenda que a provocação do pedido foi feita de modo equivocado, entendo que não houve prejuízo para a defesa, uma vez que os jurados foram questionados sobre a tese do homicídio culposo e a rejeitaram. Não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade.

Quanto à questão das três formas culposas, entendo que está certo o eminente Des. Relator, deveria a defesa ter-se manifestado sobre a omissão de uma dessas formas, no momento em que os quesitos foram lidos, e ela não o fez, fazendo-o somente após a votação. Assim, também rejeito a preliminar invocada.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Gomes Lima - A ordem dos quesitos se fez dentro da melhor técnica jurídica, não havendo falar em nulidade, ainda mais que, quando do julgamento, a defesa nada reclamou - vide fls. 218/223-TJ.

No que respeita ao mérito, há que se convir que, quando mais de uma tese é sustentada perante os Senhores Jurados, votando eles numa ou noutra, ou seja, na ou nas teses da acusação ou da defesa, o resultado deve ser soberanamente aceito.

No caso dos autos, como disse a testemunha Mário Lúcio Zanon, entre outras, a vítima abriu o portão de sua casa, quando o apelante que com ela conversava atirou contra ela, sem que houvesse qualquer troca de palavras entre eles.

Quanto à pena e sua dosimetria, a despeito de a ata do julgamento, à fl. 221-TJ, registrar uma fala do Promotor de Justiça referindo-se à qualificadora da surpresa, tem-se como válido, como prova do resultado da votação, o que dos documentos ori-

ginários da votação constar. Assim, tem-se que, indagados os Senhores Jurados se

'O réu Almiro Mendonça da Silva, agindo de surpresa, usou recurso que dificultou a defesa do ofendido?', responderam da seguinte forma: (0) sim (7) não - vide fl. 213-TJ, *in fine*. No termo de votação, de fls. 215/217-TJ, tem-se 'Quanto ao 22º quesito: O réu Almiro Mendonça da Silva, agindo de surpresa, usou recurso que dificultou a defesa do ofendido?' (0) sim (7) não.

Pode-se até dizer que houve equívoco porque o Juiz-Presidente apenou o apelante como autor de homicídio qualificado, sem que houvesse oposição das partes, sem que se interpusse embargos de declaração e, sobretudo, sem que das razões recursais qualquer referência fosse feita.

Ainda que equívoco no lançamento dos dados tenha ocorrido, deve prevalecer o que foi e se encontra lançado no termo de votação e na ata.

Assente o exposto, nego provimento ao recurso e, de ofício, à vista do que se vê às fls. 212/214 e 215/217-TJ, reconheço que o apelante foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do C. Penal e, tal como consta e se fez na r. sentença, fixo-lhe a pena no mínimo legal, ou seja, em seis (6) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

Custas, *ex lege*.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo com o Relator.

SÚMULA - REJEITARAM PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DE ACORDO COM A DECISÃO DO JÚRI, DERAM O APELANTE COMO AUTOR DE HOMICÍDIO SIMPLES, FIXANDO A PENA EM 06 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO.

TÓXICO - TRÁFICO - FORNECIMENTO DE DROGAS A MENORES PARA VENDA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO

- Desde que comprovado que o réu forneceu drogas a menores para venda, caracterizada está a prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, e, dadas as circunstâncias, é correta a incidência da majorante do art. 18, III, da já mencionada lei.

- O regime prisional para o crime de tráfico de drogas é o integralmente fechado, conforme a legislação vigente, reiteradas decisões do STF e STJ e de acordo com a Súmula nº 46 do TJMG.

- V.v.: - A Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, III, XLVII e XLIX, da CF/88. A progressão de regime prisional nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, mas não o é a Lei dos Crimes Hediondos, quando estabelece regime único de cumprimento de pena para todos os agentes daqueles crimes, porquanto viola o princípio da individualização da pena. Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas somente aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo os benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado o regime integralmente fechado. (Des^a. Jane Silva)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 269.213-5/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial : Tráfico - Recurso ministerial - Reexame de prova - Fornecimento de drogas a menores para venda - Autoria e materialidade comprovadas - Incidência da majorante do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 - Regime prisional integralmente fechado - Dá-se provimento ao 1º recurso, negando-o ao 2º. - Comprovado o fornecimento pelo apelado de drogas a menores para venda, correta a incidência da majorante do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76. - O regime prisional para o crime de tráfico de drogas é o integralmente fechado, conforme Súmula nº 46 do TJMG.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU JAIR VICENTE DA SILVA, O RELATOR E O VOGAL, DANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EM DAR PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS, A DES^a. REVISORA, VENCIDA, EM PARTE.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. -
Gomes Lima - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Araguari-MG, Jonathas Henrique de Souza Martins e Jair Vicente da Silva foram condenados como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, sendo apenados: o primeiro, com três (3) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e cinquenta (50) dias-multa e o segundo, também com três (3) anos de reclusão, "em regime fechado", e cinquenta (50)

dias-multa, tudo porque, a 09 de agosto de 2001, na Rua Cecília Schwartzman, 184, no Bairro Paraisópolis, com Jonathas foram encontradas porções de maconha que seriam comercializadas e que foram adquiridas de Jair. Ademais, em poder dos menores A.V.C. e E.T.S. foram encontrados, respectivamente, onze (11) e cinco (5) papéis de maconha, recebidos de Jonathas para comercialização.

Inconformados, apelaram a Justiça Pública e Jair.

Alegou a Justiça Pública que está provado que Jonathas forneceu ou vendeu a droga para os menores, devendo ser-lhe aplicado o aumento de pena previsto no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76. Alegou ainda que, tendo Jair vendido droga para Jonathas, o regime de pena a ser observado é o integralmente fechado.

Jair, por sua vez, alegou que adquiriu a droga, juntamente com Jonathas, de terceira pessoa, e, por isso, sua pena deve ser diminuída; disse que sua pena é imerecida, devendo-se considerar a pequena quantidade de droga.

Contra-razões de Jair, às fls. 95 e 96-TJ, nas quais disse ele ser primário, não sendo verdade que vendeu droga para Jonathas; disse que comprou a droga juntamente com Jonathas, que deve o crime ser desclassificado, negando-se provimento ao recurso ministerial.

Jonathas ofereceu contra-razões às fls. 97 e 98-TJ, alegando que os menores disseram que a droga foi furtada de sua casa e que não há prova robusta de que tenha vendido drogas aos mesmos, sendo incabível o aumento de pena pretendido pelo Ministério Público.

O Promotor de Justiça ofereceu contra-razões às fls. 112-114-TJ, dizendo que os fatos estão devidamente provados com relação a Jonas e a Jair e que o recurso de Jair não deve ser provido.

Emitindo parecer às fls. 117-120-TJ, afirmando haver confissão do Apelante Jair, bem como outras provas, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não-provimento do seu recurso. Por outro lado, opinou pelo provimento do 1º recurso, pois restou provada a venda da droga, impondo-se o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Por fim, disse que Jonas vendeu droga para os menores ou as entregou a eles para venderem, o que leva à aplicação do aumento de pena previsto no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Este, o relatório.

Conheço dos recursos, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Clayton Machado da Silva, às fls. 05 e 06-TJ, disse que a droga foi encontrada com ambos os menores, ou seja, com A. e E., esclarecendo que eles disseram ter recebido a mesma de Jonas, o "Mosquito"; disse ainda que Jonas afirmou ter comprado a droga de Jair, o "Peru".

Rubens Rodrigues Lisboa, às fls. 06 e 60-TJ, disse que viu o encontro da droga na casa de Jair.

Rita Correia de Andrade, às fls. 06 e 07-TJ, disse que a casa onde morava Jonas era muito movimentada à noite; entretanto, à fl. 59-TJ, disse nada informar a este respeito.

A.V.C., à fl. 07-TJ, disse que, chegando à casa de Jonas, promovia ele a distribuição da droga em embalagens para venda; que Jonas concordou em que os menores vendessem a droga, entregando-lhes alguns papéis, tendo afirmado que comprara a droga de Jair.

E.T.S., às fls. 07 e 08-TJ, disse ter encontrado Jonas empacotando a droga em papéis, para venda, e receberam dele a droga para ser vendida, tendo ouvido dele que a droga tinha sido comprada de Jair. À fl. 61-TJ, E. negou estes fatos, oferecendo nova versão.

Jonas, às fl. 09-TJ, disse que os menores A. e E. já haviam fumado em sua casa e que pediu a eles que vendessem a droga para ele, droga que havia comprado de Jair. Em juízo, à fl. 49-TJ, disse que a droga era para seu uso.

Aladna Ellen Soares Silva, namorada de Jonas, às fls. 08 e 09-TJ, disse que o ouviu dizer que a droga pertencia a Jair e, à fl. 57-TJ, disse que os menores A. e E. eram amigos de Jonas.

Jair, às fls. 09 e 10-TJ, disse que, de fato, vendeu a droga para Jonas e que entregou a droga para os menores A. e E. venderem. À fl. 50-TJ, porém, negou suas declarações anteriores.

Observo, nesse passo, que as negativas de Jonas e Jair em juízo ocorreram sem qualquer comprovação.

O Boletim de Ocorrência nº 8.951, de fls. 13-18-TJ, à fl. 16, diz que os menores foram revistados e que a droga foi achada com os mesmos, esclarecendo que eles disseram que a droga lhes tinha sido entregue por Jonas para que eles a vendessem, bem como ter Jonas dito que havia comprado a droga de Jair.

Alminda Maria de Melo, às fls. 32 e v.-TJ, disse que viu o encontro da droga na casa de Jonas.

Almerinda Eleonides de Melo, às fls. 33 e v.-TJ, disse o mesmo que Alminda.

Mário Abadio de Souza, às fls. 58-TJ, disse que a droga foi encontrada com um menor que confessou tê-la adquirido de Jonas para ser vendida a terceiros e que com Jair também foi encontrada droga.

As demais testemunhas nada informaram.

A prova coligida, como se vê, não deixa dúvida: Jair vendeu droga para Jonas e guardou consigo certa quantidade para comercializar. Verifica-se, assim, que a tipicidade é a do art. 12 da Lei nº 6.368/76, sendo impossível prover o recurso de Jair. Quanto ao recurso ministerial, deve ele ser provido - é que o regime de cumprimento da pena por prática de tráfico se dá em regime integralmente fechado, conforme a legislação vigente e reiteradas decisões do STF, do STJ e conforme a Súmula nº 46 de nosso Grupo de Câmaras Criminais.

Ainda com relação ao recurso ministerial, é de se ver que está claramente provado que Jonas entregou a droga aos menores A. e E. para que eles a vendessem, impondo-se a aplicação ao mesmo do disposto no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Assente o exposto, nego provimento ao recurso de Jair Vicente da Silva e dou provimento ao recurso ministerial para fixar que o regime de cumprimento

da pena imposta a Jair Vicente da Silva será o integralmente fechado e para fixar a pena a ser cumprida por Jonas Henrique de Souza Martins, que será de quatro (4) anos de reclusão em decorrência do aumento decorrente do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, mantido o regime fixado na sentença (integralmente fechado) e sessenta e seis (66) dias-multa, valendo a unidade o mínimo legal.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jane Silva - Examinei cuidadosamente o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator e, não obstante concordar com a maioria das conclusões apresentadas, peço vênia para, mais uma vez, discordar da imposição do regime integralmente fechado a Jair e Jonas, pois, a individualização da pena, que compreende também a individualização do regime, faz-se em três oportunidades: pelo legislador, ao definir a conduta criminosa e estabelecer a cominação; pelo juiz ao aplicar a pena e na fase de sua execução, pois esta obedece ao sistema prisional progressivo constante de nosso ordenamento jurídico, que deve ser dotado de dinamismo e flexibilidade, consoante acentua Alberto da Silva Franco (*Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 549), não podendo prescindir da necessidade de uma individualização judicial das diversas modalidades de regime, desde que ouvida a Comissão de Classificação e presentes os requisitos subjetivos, ou seja, demonstrando o réu que se empenhou para conquistá-la.

Assim, quando não se permite na fase de execução da pena privativa de liberdade a devida progressão, estamos impedindo a aplicação do princípio constitucional de individualização da pena na sua terceira fase, não se podendo admitir a prevalência da Lei 8.072/90, lei ordinária, que não tem supremacia sobre os princípios constitucionais, e não pode sequer arranhá-los.

Entendemos, na hipótese dos autos, que não é só o princípio da individualização da pena, com raízes constitucionais, que foi violado, mas também o princípio constitucional da humanidade da pena, contido no artigo 5º, III, XLVII e XLIX da Carta Magna, vez que negar a progressão a um apenado que reúne os requisitos subjetivos para sua obtenção é sujeitá-lo a um regime desumano, não lhe permitindo um tratamento adequado, impedindo-o de conquistá-la com seu próprio esforço mediante inequívoca demonstração de que adquiriu novos valores. É negar-lhe a esperança de conquistar mais rapidamente a liberdade, quando se mostra ressocializado, pronto para o retorno ao convívio social do qual foi aliado, por sua conduta passada.

Não posso entender que o cumprimento da pena seja apenas uma punição à qual o apenado tem de se sujeitar, por ter praticado um mal, retirando-lhe qualquer caráter ressocializador, conforme acentua ALBERTO SILVA FRANCO:

Um texto legal que proscrisse toda e qualquer progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade, deixando o recluso subordinado unicamente ao regime fechado, num estabelecimento prisional de segurança máxima, tem, portanto, um significado claro e preciso: transforma a finalidade da pena numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na evitação de um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal.

Reiteradas vezes venho externando o entendimento de que não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na mais recente Lei 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros.

Pode, sem qualquer dúvida, o legislador ordinário criar critérios diversos para individualização do regime, levando em consideração circunstâncias diversas, mas o que jamais poderá fazer é suprimi-la.

Poderia o legislador ordinário, determinar para a progressão, no caso dos autores dos chamados crimes hediondos, o cumprimento inicial de um terço da pena, por exemplo, o que seria altamente salutar e atenderia a uma situação de maior gravidade.

É mister não esquecer que o apenado continua a manter a dignidade humana com a qual nasceu e que não perde com a condenação e, em virtude de tal condição, deve eticamente lhe ser permitido no cumprimento da pena ir conquistando, paulatinamente, a liberdade.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei 8.072, a qual não se deve dar interpretação extensiva, pois se trata de questão penal material, aplicável apenas em relação aos crimes de tortura, mas, sim, de ser respeitada a Constituição Federal, de se fazer valerem os seus princípios.

Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas, sim, aqueles que, no cumprimento da pena, demonstram não possuir os requisitos necessários para obtê-la, ou seja, só devem obtê-la aqueles que se esforçarem

para conquistá-la, mediante a obediência das regras inerentes à execução da pena imposta, assim como aquisição de novos valores que os façam voltar para o meio social e dar a contribuição que cada homem deve dar para a manutenção da ordem e da paz social.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento a ambos os apelos, mantendo a condenação proferida nesta segunda instância quanto ao recorrido Jonathas, e, também, para substituir o regime integralmente fechado imposto a ambos os réus, pelo inicialmente fechado, acompanhando, no restante, o cuidadoso voto do eminente Desembargador Gomes Lima.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR DÁ PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, E NEGA AO SEGUNDO, DO RÉU JAIR VICENTE DA SILVA. A REVISORA DÁ PROVIMENTO PARCIAL AOS DOIS RECURSOS, NOS TERMOS DO SEU VOTO. PEDIU VISTA O VOGAL.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Kelsen Carneiro) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 18.02.2003, a meu pedido, após o Relator dar provimen-

ESTUPRO - REPRESENTAÇÃO - MISERABILIDADE DA VÍTIMA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO PENAL - DILIGÊNCIA REQUERIDA NA FASE DO ART. 499 DO CPP - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBANTE - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO - PROVA - ABSOLUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- A representação prescinde de fórmula rígida ou formal, sendo suficiente a manifestação inequívoca da vítima ou de seu representante legal, no sentido de processar o autor do crime.

- Nos crimes contra os costumes, provada a miserabilidade da vítima ou de seus pais, tem o Ministério Público legitimidade para propor a ação penal.

- Se a diligência requerida na fase do art. 499 do CPP não foi considerada relevante para a apuração dos fatos, sendo que a produção de prova em tal fase tem caráter restrito, sob pena de se admitir processo interminável, o seu indeferimento não constitui cerceamento de defesa.

- Em delitos contra a liberdade sexual a palavra da vítima, quando firme, segura e coerente, representa a viga mestra da estrutura probatória, porque as condutas criminalmente tipificadas acontecem, em regra geral e por sua própria natureza, às escondidas.

- Havendo prova da autoria e da materialidade do crime de estupro, a condenação é de rigor, sendo inadmissível a absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 325.457-0/00 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

to ao 1º recurso do Ministério Público, e negar ao 2º, do réu Jair Vicente da Silva, e a Revisora dar provimento parcial aos dois recursos, nos termos do seu voto.

O meu voto é o seguinte:

A questão divergente se prende, essencialmente, no regime prisional, tratando-se à espécie de crime hediondo (tráfico de entorpecentes).

A respeito do assunto, o meu entendimento se afina com o do Des. Gomes Lima.

Não concordamos com a progressão, quando se trata de delito da espécie do deste processo, ressaltando sempre o ponto de vista da Desª. Jane Silva.

Por isto, sem necessidade de melhor fundamentação em matéria exaustivamente repetida nesta Câmara, limito-me a acompanhar, na íntegra, o voto proferido pelo em. Relator, fazendo-o para dar provimento ao recurso ministerial, negando-o ao do réu Jair Vicente da Silva.

Súmula - O RELATOR E O VOGAL NEGA M PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU JAIR VICENTE DA SILVA, DANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A DESª. REVISORA, VENCIDA EM PARTE, DÁ PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

Ementa oficial: Processual Penal - Illegitimidade do Órgão Ministerial para propositura da ação, em face de inconstitucionalidade do estado de miserabilidade da vítima - Alegação descabida - Ausência de representação - Inocorrência - Inequivoca demonstração de interesse da ofendida na apuração dos fatos - Estupro - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Palavra da vítima corroborada por depoimentos testemunhais - Recurso improvido. - A representação, exigida para a propositura da ação, prescinde de rigorismo formal.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na Comarca de Patos de Minas, José Humberto Carrilho Gomes de Oliveira, já qualificado, denunciado nos arts. 213 e 214 do Código Penal, incurso no art. 213 do CP, foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão, no regime inicial fechado, porque, no dia 15 de novembro de 1998, por volta das 22h50m, na Rua Caiçaras, Bairro Alvorada, constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a vítima M.C.L., sem a sua vontade, a com ele manter relacionamento sexual.

Irresignado, o réu interpôs recurso, sustentando, preliminarmente, a nulidade do processo, em face da ilegitimidade *ad causam* do Órgão Ministerial para a propositura da ação em razão da inexistência de representação e prova da miserabilidade da vítima e, ainda, cerceamento de defesa, por indeferimento de diligência na fase do art. 499 do CPP. No mérito, pretende a absolvição, alegando inconstitucionalidade da autoria e ausência de prova da violência empregada.

As contra-razões e a douda Procuradoria de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

Afasto a preliminar de nulidade do processo alegada pela falta de representação da vítima.

Como se sabe, o instituto da representação existe para proteger a intimidade da vítima, e não para acobertar conduta criminosa.

Está cimentado nos Pretórios que ela prescinde de fórmula rígida ou formal, sendo suficiente a manifestação inequívoca da vítima ou de seu representante qualificado, no sentido de processar o autor do crime.

O STJ já decidiu:

A representação não exige fórmula sacramental, mas apenas inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seus pais no sentido de que providências sejam tomadas. Sendo estes pobres, a simples comunicação à autoridade policial é suficiente (STJ - RHC, 7.112/MG - Min. Fernando Gonçalves, DJU de 25.2.98).

De igual forma é o entendimento do STF:

A representação a que se refere o art. 225, § 2º, CP, não depende de forma especial, bastando que o representante se dirija à autoridade competente para noticiar o delito, pois é de se presumir que, com essa atitude, pretenda a adoção das providências cabíveis" (STF - HC 7.237/SP - DJU de 09.06.95).

O fato da denúncia aconteceu por volta das 22h50m, e, cerca de meia hora após, a vítima acionou a Polícia Militar, conforme boletim de ocorrência de fls. 06/08.

Nove dias depois, prestou depoimento na instância policial, do qual se extrai o seguinte trecho:

... que a declarante deseja que as providências necessárias sejam tomadas para que um marginal destes seja preso, com justiça para que possa pagar o que tem feito, e o que fez à declarante, pois está muito traumatizada e somente na data de ontem começou, ou melhor, voltou à escola (fls. 11/12).

Neste contexto, não se tem como marginalizar a pretensão da vítima em processar seu agressor e, em consequência, reconhecer a legitimidade do Ministério Público para aglizar a ação penal.

No mais, quanto ao atestado de pobreza, verifica-se que à fl. 31 foi acostada aos autos declaração do representante legal da vítima, assinada por duas testemunhas, solicitando à autoridade policial a expedição do referido atestado.

Inobstante a inexistência do documento, não vejo como este fato possa inviabilizar a propositura da ação penal pelo Ministério Público.

É cediço que a prova da miserabilidade, conforme assinalado nas contra-razões, poderá ser efetuada por outras formas, inclusive pela notoriedade do fato, podendo ser feita até mesmo por ocasião da prolação da sentença.

Restou evidenciado que pelas condições da vítima, uma estudante à época dos fatos, e de sua família, não poderia arcar com as despesas do processo sem privar-se das condições básicas de subsistência.

Por fim, ainda em sede de preliminar, a defesa sustenta cerceamento de defesa, dado o indeferimento da diligência referente à reconstituição do trajeto narrado pela vítima, no qual se teria a ação criminosa desenvolvido.

Consta do despacho de fl. 95:

... no meu entender, tal diligência não possui nenhuma relevância para o presente caso, uma vez que a alegação do requerente no sentido de que não seria possível cometer o delito naquele local, sem que ninguém percebesse, não merece acolhida, sendo rotineira nesta cidade a ocorrência de crimes dos mais diversos gêneros em locais semelhantes ou até mais movimentados, sem que ninguém os presencie.

O Sentenciante, ao analisar a mesma preliminar, que por ocasião de alegações finais já havia sido aventada, decidiu por rejeitá-la, acrescentando que:

não caracteriza o cerceamento de defesa o indeferimento de diligência requerida na fase do art. 499 do CPP, se ela não foi considerada relevante para a apuração dos fatos constantes dos autos, sendo que nesta fase a produção de provas tem caráter restrito, sob pena de se admitir processo interminável.

Destarte, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Do exposto, rejeito as preliminares.

No mérito, maior sorte não assiste o recorrente.

A materialidade está positivada pelo auto de corpo de delito de fls. 22/23.

A autoria, ao contrário do alegado, restou sobejamente comprovada.

Exsurge dos autos que na data dos fatos a vítima retornava da casa de sua colega e, ao passar

pela Rua Queta, percebeu que alguém a seguia, pelo que acelerou os passos na intenção de chegar mais rapidamente a sua residência.

Na altura da Rua dos Caiçaras, o indivíduo aproximou-se da ofendida e, inesperadamente, encostou em seu corpo, dizendo-lhe para segui-lo, pois, do contrário, iria matá-la, alegando estar armado.

Temendo as ameaças do acusado, a vítima cedeu às suas ordens, tendo ambos seguido em direção a um matagal, onde aquele, após empurrá-la, agarrá-la pelos cabelos, segurá-la pelo pescoço e arrancar-lhe a roupa à força, manteve relação sexual, além de introduzir-lhe todos os dedos em sua vagina.

Ouvido na fase extrajudicial, o réu negou os fatos, dizendo-se "vítima de uma armação" da vítima.

Em juízo, continuou sustentando a tese da negativa de autoria, mas inovou ao asseverar:

que isso só pode ser armação do Delegado de Polícia, Dr. Ailton, para o declarante, pois o mesmo é sempre perseguido por ele... (fl. 56).

A vítima, a seu turno, manteve-se sempre coerente nas oportunidades em que foi ouvida.

Na Polícia, ainda no embaraço dos fatos, M.C. declarou que após o episódio pegou a roupa íntima do acusado, "pensando que fosse sua calcinha".

Esta declaração está em sintonia com o depoimento judicial de João Batista da Silva Lima:

... que quando a vítima se encontrou com o depoente ela estava com a cueca do tal elemento nas mãos; que teve a impressão de que o rosto da vítima estava marcado com sinais de mordidas (fl. 86).

A testemunha Antônio Lemos da Silva, procurador pela vítima após a prática delitiva, desejando usar o telefone para comunicar o episódio à Polícia, noticiou:

que na data dos fatos o depoente se encontrava em sua residência, quando por lá compareceu uma moça, ficando sabendo posteriormente tratar-se da pessoa de M., estando esta desesperada, roupa suja de terra, rasgada, chorando, completamente transtornada (fl. 26).

O depoimento supra foi confirmado em juízo (fl. 85).

O auto de reconhecimento de fl. 39 comprova a identificação do acusado, e a vítima, que sequer o conhecia antes dos fatos, motivo algum tinha para incriminá-lo.

Ademais, a palavra da vítima, em delitos contra a liberdade sexual, quando firme, segura e coerente, representa a vigia mestra da estrutura probatória, porque as condutas criminalmente tipificadas acontecem, regra geral e por sua própria natureza, às escondidas.

Por fim, a ofendida relatou que o acusado, além de ameaçá-la, jurando-a de morte acaso reagisse, bateu-lhe no rosto, sendo que, conforme visto, a testemunha João Batista confirmou os sinais de mordidas na face daquela.

A condenação, portanto, era mesmo de rigor.

PREFEITO MUNICIPAL - DENÚNCIA - RECEBIMENTO

- Se a denúncia está formalmente perfeita, retrata um crime em tese e tem por sustentáculo elementos colhidos na fase administrativa, seu recebimento é a regra, deixando-se às partes oportunidade de trazer aos autos, no curso da instrução criminal, as provas de que dispõem.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 259.314-3/00 - Comarca de Jacinto - Relator: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Prefeito municipal - Denúncia - Recebimento. - Se a denúncia está formalmente perfeita, retrata um crime em tese e tem por sustentáculo elementos colhidos na fase administrativa, seu recebimento é a regra, deixando-se às partes oportunidade de trazer aos autos, no curso da instrução criminal, as provas de que dispõem - Denúncia recebida.

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, A UNANIMIDADE, RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2002. - Márcia Milanez - Relatora.

Notas taquigráficas

Apregoadas as partes, encontrava-se presente, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco, que preferiu sustentação oral.

A pena foi corretamente fixada, e o regime prisional beneficiou o apelante, considerando-se a natureza hedionda do delito de estupro, em qualquer de suas formas praticado.

Todavia, à mingua de recurso ministerial, prevalece o disposto na sentença, e o acusado cumpre a reprimenda no regime inicial fechado.

Do exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Ouvi, com a merecida atenção, a sustentação oral produzida da Tribuna pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Gilvan Alves Franco, representando o Ministério Público.

Meu voto é o seguinte:

Trata-se de denúncia formulada em face do Prefeito Municipal de Santa Maria do Salto, Almir Batista dos Santos, imputando-lhe a prática dos crimes descritos no artigo 1º, incisos I, III e V, do Decreto-lei nº 201/67, e artigo 89 da Lei 8.666/93, c/c os artigos 69 e 71, ambos do Código Penal, isto devido ao fato de que o mesmo teria usado, de forma indevida, por diversas vezes, da verba do Fundef, bem como teria, em algumas oportunidades, se apropriado da mesma, além de que teria efetuado o pagamento de diversas despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes e inexistindo licitação fora das hipóteses previstas em lei, quando da aquisição de óleo diesel.

Na defesa preliminar apresentada (fls. 1.356/1.366 - 6ª vol.), sustenta o denunciado, em

sintese, ter havido apenas erros involuntários e sanáveis, sem intenção de lesar o patrimônio público, daí inexistindo dolo ou má-fé em sua conduta, finalizando por argumentar, com a documentação trazida, não estarem os crimes devidamente comprovados.

Manifestou-se, a seguir, a douta Procuradoria de Justiça no sentido de que seja recebida a denúncia oferecida (fls. 1.959/1.963 - 9º vol.).

Este o sucinto relatório.

Os fatos narrados na denúncia constituem, em tese, fatos típicos previstos nos incisos legais ali mencionados, dando a oportunidade para que, durante a instrução criminal, possa o acusado contradizê-los e exercer a ampla defesa que lhe é garantida pela Carta Maior de nosso País. Por sua vez, a inicial está calcada em elementos colhidos na fase administrativa.

Assim, não obstante a excelente peça de defesa preliminar apresentada, o certo é que a prova oferecida, até então, sem o crivo do contraditório, não autoriza conclusão segura a respeito do processo.

Ademais, se se alega ausência de dolo ou má-fé, só a instrução criminal, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, poderá dilucidar, sendo, pois, inviável a rejeição liminar da denúncia.

Melhor, conseqüentemente, exercitar a instrução criminal, quando as partes terão oportunidade de ministrar provas daquilo que alegam. Não se perca de vista, outrossim, que, nessa fase processual, prevalece sempre o *in dubio pro societate*, deixando-se

ao Ministério Público oportunidade de robustecer suas provas até o julgamento definitivo.

Não se permite, também, exame aprofundado, crítico ou comparativo da prova produzida, sob risco de prejulgamento, como bem acentuou o Min. Moreira Alves no julgamento do Inquérito nº 455-3-DF, publicado no DJU de 08.04.94, p. 7.239.

Assim, recebo a denúncia de fls. 02/36, oferecida contra o acusado Almir Batista dos Santos, para que produza seus legais e jurídicos efeitos.

Sendo este o entendimento dos demais componentes da Turma Julgadora, publicado o acórdão, voltem-me os autos conclusos para designação de data para o interrogatório.

Custas, a final.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Sr.ª. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral produzida pelo eminente Procurador de Justiça, Dr. Gilvan Alves Franco. Tive acesso aos autos e cheguei à mesma conclusão a que chegou V. Ex.ª., razão pela qual me contento em acompanhá-la.

O Sr. Des. José Carlos Abud - De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo com a Relatora.

Súmula - À UNANIMIDADE, RECEBERAM A DENÚNCIA.

ESTUPRO - CAPTURA DO RÉU HÁ POUCAS HORAS DO DELITO - FLAGRANTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 302, III, DO CPP - REPRESENTAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DE RIGORISMOS FORMALÍSTICOS - ADMISSIBILIDADE - CRIME HEDIONDO - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.072/90

- As poucas horas decorridas entre a prática da infração e a captura do réu não descaracterizam o flagrante delito, conforme preceitua o inciso III do art. 302 do CPP, pois entende-se que a expressão "logo após" inserida no referido dispositivo legal é para colheita de informações a respeito da identificação do autor e para que os agentes policiais o encontrem.

- A representação não depende de rigorismos formalísticos e prescinde de termo a respeito, devendo ser acatada sempre que houver manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, no boletim de ocorrência, para que o autor do fato delituoso seja processado, ou quando comparecem à Polícia para clamar pela punição daquele a quem se considera criminoso.

- O estupro, praticado na sua forma simples ou com violência presumida, é considerado crime hediondo, ainda que dele não resulte lesão grave ou morte. Assim, em conformidade com o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, impossível de se deferir ao réu a liberdade provisória, pouco importando a sua primariedade, bons antecedentes, ou residência fixa.

HABEAS CORPUS Nº 332.882-0/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Estupro e atentado violento ao pudor - I - Quase-flagrante - Paciente perseguido logo após a prática dos crimes, mediante comunicação telefônica do pai da própria vítima - Caracterização - Artigo 302, inciso III, do CPP - II - Inequivoca representação da ofendida - Ato que não depende de rigorismos formalísticos e prescinde de termo a respeito - III - Crimes hediondos - Impossibilidade de se deferir liberdade provisória, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, pouco importando, nestas circunstâncias, primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho definido do paciente, posto que tais elementos não impedem a segregação na hipótese dos delitos pelos quais está sendo processado - Ordem denegada.

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 DENEGAÇÃO A ORDEM.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2003. - Odilon Ferreira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O advogado José Nogueira de Menezes, inscrito na OAB/MG sob o nº 64.607, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, em favor de Pedro Nelson da Silva, preso em flagrante desde o dia 02 de março de 2003 e denunciado como incurso nas iras dos artigos 213 e 214, na forma do artigo 69, todos do Código Penal Brasileiro, sob a fundamentação de que está o paciente a sofrer constrangimento ilegal.

Alega o impetrante, em resumo: a) que o auto de prisão em flagrante é totalmente nulo, devendo ser relaxado, vez que não houve qualquer situação de flagrância e nem mesmo representação da vítima, exigida para o caso, que notícia apenas lesões leves; b) que o paciente é primário, de bons antecedentes, trabalhador e tem residência fixa.

Requisitadas as informações de estilo, foram elas prestadas às fls. 50/52, onde salientou a autori-

dade apontada coatora que deixa patenteado o seu posicionamento pela manutenção da prisão do acusado, por entender regular o flagrante contra ele. Que, na primeira oportunidade após o fato, a vítima diligenciou a comunicação do ocorrido à Autoridade Policial, tendo juntamente com esta saído à procura do agente, logrando encontrá-lo rapidamente.

Disse, ainda, o Magistrado primevo que, no que concerne à alegada falta de representação, esta se deu de forma regular e expressa, tendo a vítima declarado: "Que deseja representar criminalmente contra o autor Pedro Nelson da Silva - fl. 08 dos autos -, sendo que o atestado de pobreza veio aos autos juntamente com a denúncia.

Aduziu, por fim, o MM. Juiz que não se pode perder de vista que os delitos imputados ao paciente são hediondos.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Renato Martins Jacob (fls. 62/67), opina pela denegação da ordem.

É o relatório, no que interessa.

Ab initio, devo salientar que não vislumbro qualquer irregularidade na *apf*. Encontra-se este formalmente correto, nada havendo que possa maculá-lo.

As alegadas nulidades do flagrante são infundadas.

Primeiramente, quanto à afirmada ausência de flagrância, o próprio impetrante reconhece que os fatos ocorreram durante a madrugada do dia 02 de março de 2003, por volta das 3h45m, e a prisão do paciente deu-se logo após, aproximadamente às 6h15m da manhã.

Com efeito, os policiais militares, assim que avisados dos crimes pelo genitor da vítima, imediatamente começaram, na companhia desta, a perseguição do réu, tendo o mesmo sido encontrado nas proximidades, caracterizando o estado de quase-flagrância, previsto no artigo 302, inciso III, do CPP, pouco importando se a prisão ocorreu somente duas horas e meia após.

Doutrina JÚLIO FABBRINI MIRABETE que:

Deve-se entender que o logo após do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares. Por isso, se tem entendido que não importa se a perseguição é iniciada por pessoas que se encontravam no local ou pela polícia, diante de comunicação telefônica ou radiofônica. Deve-se ter em conta, porém, que tal situação não se confunde com uma demorada investigação a respeito dos fatos. Iniciada a perseguição logo após o crime, sendo ela incessante nos termos legais (art. 290, § 1º), não importa o tempo decorrido entre o momento do crime e a prisão do autor. Tem-se admitido pacificamente que esse tempo pode ser de várias horas, ou mesmo de dias. A prisão pode ser efetuada em qualquer local onde é encontrado o agente, ainda que seja em território de outro Estado (in *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, São Paulo, 2ª ed., 1994, p. 352).

Caracterizada, portanto, a situação de flagrância.

Igualmente descabida e inverídica a assertiva de que não houve representação da vítima.

Nas suas declarações policiais (fl. 15), disse a ofendida expressamente que: "... *deseja representar criminalmente contra o autor Pedro Nelson da Silva*" (grifo nosso).

Como cediço, a representação não depende de rigorismos formalísticos e prescinde de termo a respeito.

Deve ser aceita quando há demonstração de vontade inequívoca para que o autor do fato delituoso seja processado, quando há manifestação de vontade da ofendida ou seu representante legal no boletim de ocorrência, quando há o comparecimento à Polícia, clamando pela punição daquele a quem se considera criminoso, ou quando ela vem expressamente manifestada nas próprias declarações da ofendida, como *in casu*.

Assim sendo, e não se revestindo o auto de prisão em flagrante de qualquer irregularidade, correta a autoridade judicial em homologá-lo, não constituindo o ato constrangimento ilegal.

Prudente, de qualquer maneira, a manutenção do ato prisional, até porque, nos termos do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, os crimes imputados ao paciente são insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória, pouco importando, nessas circunstâncias,

a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida do paciente, posto que tais elementos não impedem a segregação na hipótese dos delitos pelos quais está sendo processado.

Embora por certo tempo tenha prevalecido o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados na sua forma simples ou com violência presumida, não haveriam de ser considerados crimes hediondos, hoje, tendo em vista as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores, não existe mais nenhuma dúvida de que, ainda que de tais crimes não resulte lesão grave ou morte, prevalece a sua hediondez.

Deixou consignado o STJ que:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor. Inexistência de lesão corporal grave ou morte. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90. Constitucionalidade. Não-revogação pela Lei 9.455/97. Aumento do art. 9º da Lei 8.072/90. Impossibilidade. - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. - E, na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, afirmou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos. - É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal. Na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um *bis in idem*. - Precedentes do STJ. - *Habeas corpus* concedido em parte (HC 25.321/SP - DJ de 07.04.2003 - Relator Min. Vicente Leal).

Também ali se decidiu que:

Penal. Recurso especial. Estupro. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Regime prisional. - Segundo a mais recente orientação sufragada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da Lei nº 8.072/90, os crimes de atentado violento ao

pudor e estupro, tanto em suas formas simples como qualificadas, são classificados como hediondos, devendo sua pena ser cumprida em regime integralmente fechado (HC nº 81.288/SC, Relator Ministro Maurício Corrêa). - Recurso especial conhecido, mas desprovido (REsp 331.847/MG - DJ de 24.03.2003 - Relator Min. Vicente Leal).

Nesse mesmo sentido vem orientando o Supremo Tribunal Federal, que recentemente assim decidiu:

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos. - O plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais deles decorrentes (HC 81.288, Relator para o acórdão Min. Velloso). Inviável, a desclassificação. *Habeas corpus* indeferido (81.891/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 21.06.2002).

E mais:

Habeas corpus - Estupro - Atentado violento ao pudor - Tipo penal básico ou forma simples - Inocorrência de lesões corporais graves ou do evento morte - Caracterização, ainda assim, da natureza hedionda de tais ilícitos penais (Lei

8.072/90) - Legitimidade das restrições fundadas na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º) - Pedido indeferido. - Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, legitimando-se, em consequência, a incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º), mostrando-se inexistente, para esse específico efeito, que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, pois tais eventos traduzem resultados meramente qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo dessas infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina (HC nº 81.277/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 21.06.2002).

Ante o exposto, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal amparável via remédio heróico, denego a ordem impetrada.

O Sr. Des. Kelsen Cameiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

SEDUÇÃO - REPRESENTAÇÃO - DECADÊNCIA - RETORNO DOS AUTOS - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA

- Permitindo o CPP que o direito de queixa seja exercido pelo ofendido ou por seu representante legal, criou evidentemente a dualidade de titulares, cujos direitos são autônomos, correndo para tanto diversos prazos decadenciais.

- O fato de os representantes legais da vítima não terem oferecido a representação contra o réu não impede que ela, ao completar 18 (dezoito) anos, possa fazê-lo, desde que obedecido o prazo decadencial de seis meses.

- Não pode o tribunal se manifestar sobre eventuais preliminares e mérito da imputação quando não houve tal análise em primeiro grau, sob pena de se suprimir uma instância.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 305.444-2/00 - Comarca de Mantena - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Crime de sedução - Representação - Decadência - Retorno dos autos - Supressão de instância. - Não tendo os representantes legais da ofendida, menor de 18 anos à época dos fatos, representado contra o réu no prazo de seis meses, poderá ela, ao completar a maioridade penal, oferecer representação no prazo legal, já que estes são independentes. Não pode o Tribunal se manifestar sobre eventuais preliminares e mérito da imputação quando não houve tal análise em primeiro grau, sob pena de se suprimir uma instância. Dado parcial provimento ao apelo ministerial.

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, 08 de abril de 2003. - Jane Silva - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.^a Des.^a Jane Silva - A ilustre representante do Ministério Público, inconformada com a decisão que julgou extinta a punibilidade de Joaquim da Silva Alves, com fundamento no inciso IV do artigo 107 do Código Penal, interpôs o presente apelo, pretendendo em suas razões recursais, acostadas às fls. 86/90, em que se pretende a condenação do recorrido nas sanções dos artigos 217 e 220, ambos do Código Penal, ao argumento de que a autoria e a materialidade delitivas restaram devidamente comprovadas nas provas dos autos.

Contra-razões às fls. 92/93, em que se pretende a manutenção da *decisum*.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de fls. 02/03 que, em meados do ano de 1996, o recorrido seduziu M.N.S., à época com 15 anos de idade, mantendo com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência e confiança.

De acordo com as provas colhidas na fase inquisitorial, o réu manteve relações sexuais com a vítima, desvirginando-a, com a promessa de casamento, tendo ainda a raptado com seu consentimento para manterem relações sexuais.

O feito processou-se nos termos do relatório da sentença, que ora adoto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer acostado às fls. 99/101, opina pelo conhecimento e não-provimento do apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, adequado, cabível e presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas nulidades, nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito:

Analisei cuidadosamente as razões trazidas pela ilustre representante ministerial, comparando-as com a r. decisão, ora recorrida, e com as provas contidas nos autos, e vejo que não agiu com o costumeiro acerto a MM.^{as}. Juíza sentenciante ao extinguir a punibilidade do ora apelado pela decadência. Senão vejamos:

O réu foi denunciado pela prática dos crimes de sedução e rapto consensual, que se encontram inseridos no Título VI do Código Penal - *Dos crimes contra os costumes*, composto pelos Capítulos I a IV.

Nas Disposições Gerais referentes a este título, temos o artigo 225 do Código Penal, que diz: "Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa".

Dessa forma, quis o legislador deixar a critério do ofendido a iniciativa de propositura da ação penal. Contudo, tal disponibilidade não é permanente, pois o artigo 38 do Código de Processo Penal, ao tratar da ação penal, estabelece que:

Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 06 (seis) meses, contados do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do artigo 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Dessa forma o legislador estipulou a existência de dois prazos distintos, quais sejam: um concernente ao próprio ofendido e outro aos seus representantes legais. Dai decorre a seguinte pergunta: tais prazos são independentes, ou, se expirado um deles, expirado estará o outro automaticamente?

Entendo que, como dois são os interessados, tais prazos deverão ser contados de forma independente, pois, permitindo o Código de Processo Penal que o direito de queixa seja exercido pelo ofendido ou por seu representante legal, criou evidentemente a dualidade de titulares, cujos direitos são autônomos, correndo, para tanto, diversos prazos decadenciais. Nesse sentido:

O prazo de decadência não é comum para um e outro (ofendida e representante legal), pois sua contagem é iniciada no dia em se torna conhecida a autoria (TJRJ - HC - Rel. Orlando Elias - RDP, 04/10/9).

No sistema do Código de Processo Penal, há autonomia do direito de queixa ou de representação, que pode ser exercido pelo ofendido ou por seu representante legal (STF - RE - Rel. Xavier Albuquerque - RT, 483/397).

Resta-nos, agora, examinar outra circunstância de grande importância, qual seja, se o fato de os pais da ofendida terem deixado transcorrer *in albis* o prazo decadencial de seis meses impede que seja ele renovado integralmente, ao completar 18 anos.

Tenho para mim que o fato de os representantes legais da vítima não terem oferecido a representação contra Joaquim em nada impede que ela, ao completar 18 anos, possa fazê-lo, desde que obedecido o prazo decadencial de seis meses.

Aqui, vale apontar o ensinamento de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ao esclarecer que:

Se o prazo de decadência iniciou-se e terminou quando a vítima tinha menos de 18 anos, não sendo legitimada a agir, mas somente o seu representante, que ficou inerte, há que se computar o seu prazo integral de seis meses, a contar da data em que atingir a capacidade processual penal. Isto porque os prazos são independentes: um para o representante e outro para o menor ofendido. Assim, ao completar 18 anos, tem reavivado o prazo decadencial finalizado para o seu representante (Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 114).

Nesse mesmo sentido temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Decadência - Inocorrência - Crime cometido contra menor - Queixa-crime - Direito não exercido pelo representante legal - Admissibilidade do exercício pelo ofendido ao atingir a maioridade, pela inteligência dos artigos 33, 34, 50, parágrafo único, e 52 do Código de Processo Penal (STJ - REsp, Rel. Vicente Leal - RT, 744/544).

Assim, no caso em apreço, vemos que a ofendida M., nascida em 21 de janeiro de 1982, completou 18 anos em 21 de janeiro de 2000 e representou contra o réu em 19 de julho de 2000, portanto ainda não havia transcorrido o prazo decadencial de seis meses entre a data em que completou a maioridade

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CRIME HEDIONDO - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INTEGRALMENTE FECHADO

- De acordo com o atual entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, são considerados crimes hediondos, em cuja hipótese, então, incide a regra insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 315.031-5/00 - Comarca de Uberlândia - Relatora: Des.^a MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Atentado violento ao pudor - Violência presumida - Crime hediondo - Regime de cumprimento de pena integralmente fechado. - De acordo com o atual entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, são considerados crimes hediondos, em cuja hipótese, então, incide a regra insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. - Recurso conhecido e provido.

Relatório

Osmar José da Silva, já qualificado nos autos, foi denunciado na Comarca de Uberlândia como incurso na sanção do art. 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal.

penal e aquela do oferecimento da representação, estando apta a representar contra Joaquim.

Dessa forma, vejo que não ocorreu a extinção da punibilidade do apelado pela decadência, devendo ser analisadas as provas contidas nos autos, para se verificar a ocorrência do crime de sedução que lhe é imputado na denúncia.

Contudo, não pode este Tribunal se manifestar acerca do mérito da imputação e eventuais preliminares, pois resultaria em supressão de instância, o que não é permitido em nosso Direito Processual Penal.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo ministerial para cassar a decisão que considerou extinta a punibilidade pela decadência, determinando que os autos sejam remetidos à comarca de origem, a fim de que haja manifestação sobre eventuais preliminares e mérito da imputação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Cameiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

De acordo com a inicial, no dia 07 de junho de 2002, por volta das 18 horas, a vítima A.C.S., de 10 anos de idade, foi até a residência do denunciado para apanhar algumas roupas. Na ocasião, o denunciado, de posse de uma faca, encostou-a no peito da criança, determinando que a mesma se despiu, passando a ameaçá-la de morte, caso não o fizesse. Diante das ameaças, a vítima se despiu, tendo o denunciado feito o mesmo para, ato seguinte, introduzir o dedo na sua vagina, além de apalpar-lhe o corpo.

Após regular instrução, foi condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão em regime prisional fechado (fls. 88/92).

Inconformada, interpôs a representante do Ministério Público recursos de apelação para a

Superior Instância, pleiteando em suas razões a reforma da sentença apenas na parte relativa ao regime prisional, pois, tratando-se de crime hediondo, o regime de cumprimento de pena é o integralmente fechado (fls. 93/104).

A defesa também apelou, mas, logo em seguida, o réu desistiu expressamente do recurso (fls. 106-108-v. e 112).

O recurso foi contra-razoado, tendo a d. Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e provimento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese o relatório.

A d. outa revisão.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.^a Des.^a *Márcia Milanez* - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Procede o inconformismo do Órgão Ministerial com o regime prisional estabelecido na sentença.

Com efeito, ao que se infere dos autos, o réu foi condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão por haver, no dia 07 de junho de 2002, praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima A.C.S., de apenas 10 anos de idade.

A ilustre Sentenciante, embora tenha feito referência à natureza do crime, estabeleceu o regime fechado para cumprimento da pena, dando ensejo ao réu, no futuro, de pleitear a sua progressão.

Durante curto período, a Excelsa Corte passou a entender que o estupro e o atentado violento ao pudor somente seriam considerados hediondos

se ocorressem lesões corporais graves ou morte. Dentro desta interpretação, com maior razão, tais delitos, se praticados com violência presumida, não poderiam mais ser havidos como hediondos.

O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra na interpretação das leis e da Constituição, foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e por todos os demais tribunais do País.

No entanto, a partir do julgamento do HC 81.288-SC, Relator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso, o Pleno do STF mudou o entendimento anterior, posicionando-se no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor são considerados crimes hediondos em qualquer situação.

O HC 81.288-SC referia-se ao pedido de redução de pena para um pai condenado por manter relações sexuais com as filhas menores de idade.

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na forma simples, Cód. Penal, arts. 213 e 214, quanto na forma qualificada, Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único, são hediondos, *ex vi* do disposto na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o mesmo entendimento:

O atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo, incidindo, então, a regra inserida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (HC 19.221-PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 7.2.2002).

Esta egrégia Câmara Criminal, seguindo a nova orientação dos Tribunais Superiores, já mudou a sua interpretação anterior para considerar o estupro e o atentado violento ao pudor, em qualquer situação, crimes hediondos, cujos condenados deverão cumprir as penas no regime integralmente fechado, *ex vi* do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Isso posto, dou provimento ao recurso para mudar o regime prisional estabelecido na sentença de fechado para integralmente fechado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. *Tibagy Salles* - De acordo.

O Sr. Des. *Edelberto Santiago* - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

DESAFORAMENTO - PRESSUPOSTOS DO ART. 424 DO CPP - PROVAS CONVINCENTES E EFICAZES - AUSÊNCIA - MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO JUIZ - INDEFERIMENTO

- O desaforamento, por se tratar de exceção ao princípio geral de que o réu deve ser julgado no lugar onde cometeu o delito, é medida excepcional e como tal somente deve ser autorizado em casos extremos, nos quais estejam objetivamente comprovadas as hipóteses previstas no art. 424 do CPP. Inexistindo provas convincentes e eficazes da ameaça da ordem pública, ou de dúvida quanto à imparcialidade do Júri, ou de que a segurança do réu esteja ameaçada, deve-se indeferir o pedido de desaforamento.

- A revolta causada na comunidade, decorrente da gravidade e da violência do homicídio, por se tratar de reação ao crime, e não ao criminoso, não constitui motivo suficiente para o desaforamento.

- Na apreciação do pedido de desaforamento, a manifestação do juiz é de fundamental importância, ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião. Se o magistrado, em informações atualizadas e precisas, manifesta-se contrariamente à medida e não havendo prova inequívoca da ocorrência de qualquer dos pressupostos taxativamente referidos no art. 424 do CPP, não se pode conceder o desaforamento.

DESAFORAMENTO Nº 310.307-4/00 - Comarca de Corinto - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Desaforamento - Pedido não embasado em provas convincentes - Manifestação contrária da Juíza de Direito titular da comarca - Indeferimento.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 11 de março de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Kelsen Carneiro* - Joelton Fernandes foi denunciado, pronunciado e libelado como incurso no art. 121, § 2º, incs. II e III, do Código Penal, sob a acusação de haver, no dia 19 de outubro de 2000, por volta das 12h e 30 min, em Corinto, matado a golpes de facão José Maria Ribeiro Malaquias.

Em petição protocolizada neste Tribunal no dia 24.10.2002, requer o seu advogado o desaforamento do processo para a Comarca de Três Marias, sob o fundamento de que o interesse da ordem pública reclama a mudança e que existem dúvidas quanto à imparcialidade do Júri. Alega que, no dia marcado para a sessão de julgamento, que acabou não se realizando por culpa da Juíza titular da comarca, o Fórum foi tomado por um número incontável de pessoas com faixas e cartazes rumorosos e que a viatura que conduziu o réu até o

local foi cercada por populares. Sustenta que remanesce um propagado desejo de vingança por parte da sociedade conitiana e mesmo da família do acusado, numerosa e tradicional do lugar.

Nas informações que presta, esclarece a MM^a Juíza, entre outras coisas, que as alegações do requerente não merecem credibilidade, não havendo de sua parte comprometimento com a verdade e a justiça.

Como Relator, deferi pedido de liminar formulado pela d. Procuradoria de Justiça, fazendo-o para suspender o designado julgamento do réu até decisão final deste feito (fl. 36-TJ).

Ouvida, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

O desaforamento, por se tratar de exceção ao princípio geral de que o réu deve ser julgado no lugar onde cometeu o delito, é medida excepcional e como tal somente deve ser autorizado em casos extremos, nos quais estejam objetivamente comprovadas as hipóteses previstas no art. 424 do Código de Processo Penal, quais sejam: se recomendar o interesse da ordem pública, se houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou segurança do réu.

Segundo ESPÍNOLA FILHO:

razão de conveniência geral aconselha a preferência do foro do delito para o processo e punição dos culpados. *Ubi fascinus, ibi poena*. É mister que, para vencer a força dessas graves razões, circunstâncias especiais do caso manifestem um aspecto

de acentuada anormalidade, capazes de escusar as inconveniências naturais do desaforamento (Código de Processo Penal Anotado, 4ª ed., p. 337).

O mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, na mesma esteira, acentua:

O desaforamento é medida de exceção. Constitui ele uma verdadeira mudança nas regras de competência territorial justificável tão-só pelas peculiaridades do júri. Por isso mesmo, como dizia o Des. Rafael Magalhães, é mister que as circunstâncias especiais do caso manifestem um aspecto de acentuada anormalidade, capazes de escusar as inconveniências naturais do desaforamento (O Júri no Direito Brasileiro, Saraiva, 1955, p. 112/113).

A respeito do assunto o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfatizar que:

O desaforamento - que atua como causa derogatória da competência do júri - reveste-se do caráter de medida absolutamente excepcional. O réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado. A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento (STF - HC - Rel. Celso de Mello - RT, 701408).

No caso, funda-se o pedido no reclame da ordem pública e na existência de dúvida sobre a imparcialidade do júri.

A pretensão, no entanto, não tem base em qualquer prova convincente.

Nada existe nos autos indicando que a tranquilidade pública esteja ameaçada com o julgamento do réu no foro da culpa. A revolta causada na comunidade é natural, decorrendo da gravidade e da violência do homicídio, não se traduzindo em motivo suficiente para o deslocamento da competência, por se tratar de reação ao crime, e não ao criminoso.

A respeito já se decidiu:

Evidentemente que os sentimentos de reação popular, diante da natureza de certos delitos, sempre irão existir. Entretanto, se tais manifestações se relacionam com o delito e suas circunstâncias, e não contra o réu, não se justifica o desaforamento, já que não se caracteriza a insegurança do julgamento capaz de autorizar a medida (RT, 708/300).

Também não existem provas de que a segurança do réu esteja ameaçada.

Não ficou demonstrada a alegação de que, no dia marcado para a sessão de julgamento, a viatura

que conduziu o réu até o fórum local foi cercada por populares. Segundo a MMª Juíza, o julgamento não se realizou porque a defesa não forneceu o endereço correto de uma testemunha por ela arrolada.

Quanto à transferência do acusado para a cadeia pública de outro município, explicou a digna Magistrada que tomou a medida porque o comportamento do réu vinha comprometendo a sua segurança e a dos demais detentos, especialmente a de Maurício Silva Lima, que, com ele, praticou o crime e que já foi julgado e condenado.

A dúvida sobre a imparcialidade do júri, assim como as outras alegações, não se fez comprovada. Nada trouxe o requerente capaz de demonstrar que a família da vítima seja influente na região a ponto de influenciar a vontade dos jurados, ou que a sociedade local alimente contra o réu desejo de vingança.

Além de não estarem comprovados nenhum dos argumentos deduzidos no pedido, as informações da MMª Juíza desaconselham o acolhimento da pretensão, delas constando expressamente o seguinte:

... as suas alegações na petição de desaforamento não merecem nenhuma credibilidade, pois impera, ali, a falta de comprometimento com a verdade e com a Justiça (fl. 21).

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A manifestação do juiz, em informações atualizadas e precisas, revela-se de fundamental importância - ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião - na apreciação do pedido de desaforamento, que só deve ser concedido quando houver prova inequívoca de que ocorre qualquer dos pressupostos taxativamente referidos no art. 424 do CPP (RT, 701408).

No mais, se fosse o caso de se desaforar o julgamento, a comarca escolhida seria a de Curvelo, a maior da região e mais próxima de Corinto do que a de Três Marias, onde o réu quer ser julgado, por ali ter nascido, conforme se depreende das informações (fl. 21).

Cumpra, por fim, realçar que:

a maior virtude do júri é o julgamento do homem pelos que o conheçam, ou estejam mais em condições de apreciar-lhe o caráter, pela ciência pessoal de seus antecedentes e os da vítima. Segundo, porque, embora exaltada a população local, contra ou a favor do réu, sempre é possível, pelas acusações em Plenário e pelo processo de suspeição prévia, selecionarem-se os homens de alguma isenção de ânimo, ou mais prudentes, capazes de ouvir razões.

Terceiro, finalmente, porque, se todo o mundo for extremado, contra ou a favor do réu, não será de desprezar esse elemento importantíssimo para o julgamento, do alarde do crime, ou temibilidade de alguns contendores, que a própria lei enumera como fator de realce na apreciação do ato, que nunca poderá ser bem julgado por pessoas alheadas daqueles conhecimentos e impressões (RTJSP, 73/371).

Pelo exposto, indefiro o pedido, determinando que desta decisão se dê imediata ciência à MMª

Juíza de Direito da Comarca de Corinto, para que possa remarcar o novo julgamento do réu Joelton Fernandes, no mais breve espaço de tempo possível.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

USO DE DOCUMENTO FALSO - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO POR ORDEM POLICIAL

- Tendo o réu assumido o risco de adquirir Carteira Nacional de Habilitação mediante pagamento, sem realização dos exames necessários perante o órgão competente, que é o Detran, no mínimo, sua conduta revestiu-se de dolo eventual, o que, aliado ao fato de encontrar-se na direção portando carteira falsa, é suficiente para caracterizar claramente o delito previsto no art. 304 do Código Penal. Irrelevante a exibição do documento ter sido em razão de ordem policial, pois a circunstância de estar o motorista dirigindo o veículo, portando carteira de habilitação falsa já configura o crime. Isso porque o porte de documento válido é requisito para que alguém possa conduzir veículos automotores.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 303.998-9/00 - Comarca de Mesquita - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Uso de documento falso - Exibição do documento por ordem policial. - Tendo o réu assumido o risco de adquirir CNH, mediante pagamento, sem realização dos exames necessários perante o órgão competente, que é o Detran, no mínimo, sua conduta revestiu-se de dolo eventual, o que, aliado ao fato de encontrar-se na direção do veículo portando carteira falsa, é suficiente para caracterizar claramente o delito previsto no art. 304 do CP. - Irrelevante a exibição do documento ter sido em razão de ordem policial, pois a circunstância de estar o motorista dirigindo o veículo, portando carteira de habilitação falsa, já configura o crime. Isso porque o porte de documento válido é requisito para que alguém possa conduzir veículos automotores.

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, 06 de maio de 2003. - Mercêdo Moreira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - José Reinaldo Siqueira foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime descrito no artigo 304 do Código Penal.

Foi-lhe concedido o *sursis*, pelo prazo de dois anos.

Inconformado com a v. sentença, o réu apelou, alegando que apenas portava o documento, sem, no entanto, usá-lo, sendo que sua exibição somente ocorreu por exigência policial, o que não configura o delito.

Pede a absolvição.

Há contra-razões, às fls. 65/67, pela manutenção da sentença, e a d. Procuradoria de Justiça opina, às fls. 71/72, pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Conheço do apelo, porque presentes os seus pressupostos legais.

Narra a exordial que, em 23/2/01, o denunciado foi abordado em uma blitz realizada pela Polícia Militar, na Av. Minas Gerais, 1081, Bairro Veraneio, em Santana do Paraíso, conduzindo um veículo automotor, usando carteira de habilitação falsa.

Tais fatos foram confirmados pelos depoimentos das testemunhas Cláudio Ferreira de Souza Júnior, à fl. 39, e Vítor Moreira Damas, à fl. 18.

Constata-se que José Reinaldo adquiriu a carteira de habilitação apreendida pela Polícia, comprovadamente falsa, conforme se vê pelo laudo pericial de fls. 13/14, de forma não usual e inteiramente irregular.

Como o próprio réu informa, às fls. 15 e 28, ele soube através de um amigo, em Caxias do Sul/RJ, que um rapaz estava fornecendo carteiras de habilitação "boas", como se expressa.

Procurou-o, então, e prestou os exames na Auto Escola Sinal Vermelho, pagando cerca de R\$600,00 (seiscentos reais) pela mesma, não tendo sequer comparecido ao Detran.

Ora, quem adquire CNH nas condições constata das nestes autos sabe que está agindo irregularmente.

Não é concebível o fato de uma pessoa que pretende ser motorista não saber que, para habilitar-se a tal, tem que obter a carteira respectiva *diretamente* do Detran, após submeter-se aos mais variados exames junto a esse órgão.

Tendo o réu assumido o risco, no mínimo, sua conduta revestiu-se de dolo eventual, o que, aliado ao fato de encontrar-se na direção do veículo portan-

do carteira falsa, é suficiente para caracterizar claramente o delito previsto no art. 304 do CP.

A alegação de que o fato de o policial ter exigido a apresentação do documento descaracteriza o delito previsto no art. 304 do CP não procede.

É de observar-se que sequer seria preciso, para a consumação desse crime, que o acusado tivesse exibido para o policial que o abordou a referida carteira. Bastaria, para tanto, a circunstância de estar o motorista dirigindo o veículo, portando carteira de habilitação falsa, pois o porte de documento válido é requisito para que alguém possa conduzir veículos automotores.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial:

O simples porte de Carteira Nacional de Habilitação comprovadamente falsa já tipifica o delito do art. 304 do CP (uso de documento falso), pois é condição essencial para que alguém possa dirigir veículos automotores estar de posse de documento expedido pelo órgão competente que o habilite para tanto. A exibição à autoridade ou seu agente é mera decorrência da fiscalização, que objetiva a constatação do cumprimento, pelos motoristas, dessa exigência legal (TJSP - AC 91.594-3 - Rel. Nelson Fonseca - RT, 668/267).

Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

JÚRI - QUESITO - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSO IRRELEVANTE OU FORTUITO - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA

- O excesso irrelevante, ou fortuito, é incapaz de descaracterizar a legítima defesa, a qual não pode ser afastada pelo fato de o Júri reconhecer o excesso e, na sequência dos quesitos, negar a forma culposa ou dolosa.

- Se o excesso tiver resultado de uma intenção lícita e natural, se a ação excessiva for a continuação da intenção de defesa, que se expressa em atos no mundo interior, fará parte integrante da própria defesa e dela não poderá separar-se.

- A perturbação do ânimo produzida pelo ataque impede a ação dentro dos estritos limites do lícitamente permitido e impossibilita o agente de distinguir entre reação excessiva e reação necessária, situação em que não haverá dolo, por faltar-lhe consciência do excesso, inexistindo também culpa, restando configurado o fortuito.

- A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária e inteiramente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes, a teor da Súmula nº 28 do TJMG.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 333.006-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Processual Penal e Penal - Júri - Vício de quesitação - Inocorrência - Excesso fortuito - Legítima defesa - Reconhecimento mantido - Decisão contrária à prova dos autos - Não-verificação - Opção por uma das teses - Precedentes TJMG. - Se o excesso não resultou da intenção específica e o resultado é antes o objetivo da defesa - não haverá responsabilidade e a ação excessiva se fundirá com a ação necessária, até o ponto de ajustar-se aos próprios elementos. Noutras palavras, se o excesso tiver resultado de uma intenção lícita e natural, se a ação excessiva for a continuação da intenção de defesa, que se expressa em atos no mundo interior - fará parte integrante da própria defesa e dela não poderá separar-se (Vergara). A perturbação do ânimo produzida pelo ataque impede o claro descortino para agir dentro dos estritos limites do lícitamente permitido, impossibilitando ao agente distinguir entre reação excessiva e reação necessária, situação em que, segundo ele, não haverá dolo, por faltar a consciência do excesso, não existindo também culpa e restando, desse modo, o fortuito (Puig Peña). "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" (Súmula 28 - TJMG). 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, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - Tibagy Salles - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Délio das Graças Gandra.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Ministério Público nos autos da ação penal manejada contra o apelado Ernani Viane Brito, por prática delitiva capitulada no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

As razões do apelo ministerial versam o inconformismo do *Parquet* contra a decisão proferida pelo Juiz-Presidente do I Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte que, acatando a decisão dos ilustres jurados, absolveu o apelado Ernani Viane Brito da imputação que lhe havia sido feita e que lhe atribuiu a prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do CP.

O reconhecimento de causa excludente de ilicitude e que consiste na legítima defesa própria do acusado, aliada à contrariedade na elaboração da quesitação, em especial à utilização dos meios necessários para se repelir a agressão, como também ao excesso doloso e culposo naquele ato de defesa, constam dos argumentos da acusação, oportunidade em que visa obter a nulidade do julgamento.

O apelante procede à transcrição de trechos de relatos testemunhais e que conferem suporte à tese acusatória à medida que afastam do apelado o reconhecimento, equivocadamente, do ato de defesa, a que, ao contrário, não se furtou, dolosamente, em desferir quatro disparos contra a vítima.

A conclusão do recurso de apelação pugna pela anulação da r. decisão recorrida para que o apelado seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

O recurso foi respondido, oportunidade em que foram rebatidos todos os argumentos, visando à manutenção do *decisum*, tal como nele se contém.

Manifestando-se em parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Cláudio Fleury Barcelos, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação oferecido é próprio e tempestivo, além do que preenche todos os demais requisitos objetivos e subjetivos de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

A apelação interposta pelo Ministério Público não está a merecer provimento para fins de ser anulado o julgamento do Tribunal do Júri, decisão que se adota em voto por ocasião do julgamento nesta instância revisora colegiada.

Versa o recurso sobre ser a decisão prolatada manifestamente contrária à prova dos autos.

Entendo contrariamente ao aduzido pelo Ministério Público em sua laboriosa peça recursal, pois o fato de ter o Juri reconhecido o excesso e, na sequência, ter negado a forma culposa ou dolosa, por si só, não é suficiente para afastar a legítima defesa anteriormente reconhecida.

É que, no presente caso, ocorreu o denominador de excesso irrelevante, ou fortuito, oportunidade em que se deve reconhecer que o excesso resultante da votação - quando negada sua forma culposa ou dolosa - não é apto a descaracterizar a legítima defesa, devendo-se manter, portanto, a absolvição.

Nestes casos,

se o excesso não resultou da intenção específica, e o resultado é antes o objetivo da defesa - não haverá responsabilidade e a ação excessiva se fundirá com a ação necessária, até o ponto de ajustar-se aos próprios elementos. Noutras palavras, se o excesso tiver resultado de uma intenção lícita e natural, se a ação excessiva for a continuação da intenção de defesa, que se expressa em atos no mundo interior - fará parte integrante da própria defesa e dela não poderá separar-se.

Na esteira da doutrina de Puig Peña,

a perturbação do ânimo produzida pelo ataque impecado o claro descortino para agir dentro dos estritos limites do lícitamente permitido, impossibilitando ao agente distinguir entre reação excessiva e reação necessária, situação em que, segundo ele, não haverá dolo, por faltar a consciência do excesso, não existindo também culpa, e restando, desse modo, o fortuito (...).

Frise-se que, em sendo recusado o excesso culposos, bem como o doloso, a quesitação referente a essa parte encerra-se, sem que se cogite de maiores análises - como se fazia anteriormente com o excesso accidental, decorrente do fortuito -, porque o excesso passa a ser considerado irrelevante para fins de afastar-se a legítima defesa, haja vista ter o agente atuado em uma causa que não podia ser tomada em consideração, porque absolutamente fora da ordem normal das previsões e dos cálculos. Com efeito, evidente se mostra que, nessa hipótese, não pode o agente, de modo algum, responder por excesso.

Com efeito, considerando que a conduta excessiva é irrelevante para fins de anular-se julgamento em que ficou reconhecida a defesa legítima, entendo que, *in casu*, não há se cogitar em reforma da decisão vergastada.

Por outro lado, no que se refere ao fato de supostamente ter sido a decisão dos jurados contrária à prova dos autos, entendo que melhor razão não assiste ao *Parquet*. Efetivamente, não há se falar em novo julgamento.

Já tenho manifestado que

o advérbio manifestamente, usado pelo legislador no art. 593, III, d, do CPP, dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária, por se dissociar inteiramente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões apreendidas (RT, 595/349). No mesmo sentido, RSTJ, 5/136 e RT, 669/299.

No mesmo diapasão, este egrégio Tribunal de Justiça já sumulou que

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 (Súmula 28 - TJMG).

In casu, os jurados entenderam optar por tese contrária à defendida pelo apelante, o que não importa dizer tenha sido ela manifestamente contrária à prova dos autos, muito menos seja passível de anulação.

Assim, entendo que não contraria a prova juntada aos autos a decisão que, com base na tese defensiva, bem como em outros elementos de convicção juntados aos autos, reconhece, em favor do agente (apelado), a legítima defesa.

Dessa forma, tendo em vista o acerto em que foi lançada a decisão do egrégio Conselho de Sentença, não há se falar em qualquer espécie de reforma.

Esgotadas as matérias de análise e considerando o teor dos argumentos expendidos, é que finalizo o voto, fazendo-o para negar provimento ao recurso.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

PREFEITO - PROCESSO-CRIME - LOTEAMENTO IRREGULAR - ART. 50, I, PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI Nº 6.766/79 - DENÚNCIA - JUSTA CAUSA PARA O INÍCIO DA AÇÃO PENAL - DENÚNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS - RECEBIMENTO

- Há justa causa para o início da ação penal quando o fato se apresenta incontroverso e a denúncia descreve, com objetividade, condutas típicas, ilícitas e culpáveis.

- Se a denúncia estiver revestida de seus aspectos essenciais, além da narração do fato delituoso, cabe ao Colegiado recebê-la.

- Na fase inicial do procedimento, por existência, em tese, do crime, deve prevalecer a máxima do *in dubio pro societate*, com o recebimento da denúncia, oportunizando a ampliação probatória (acusatória e defensiva) no decorrer da instrução criminal, por meio da qual, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, os fatos narrados poderão ser devidamente esclarecidos.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 267.679-9/00 - Comarca de Pompéu - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Lei 6.766/79 - Parcelamento do solo - Denúncia - Requisitos essenciais - Justa causa - Preenchimento - Recebimento. - A justa causa não se confunde com a ausência de elementos de convicção. Ela deve ser reconhecida quando do exame da simples exposição dos fatos na denúncia, constatar-se que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indiciário configurador de autoria. É impróprio obstar-se o início da ação penal ao fundamento de ausência de justa causa, quando o fato se apresenta controverso (STJ - RHC - Rel. Vicente Cernicchiaro, DJU de 13.09.93, p. 18.580). Se a denúncia estiver revestida de seus aspectos essenciais, além da narração do fato delituoso, só cabe ao colegiado recebê-la. Na fase inicial do procedimento, por existência, *in thesi*, de crime, deve prevalecer a máxima do *in dubio pro societate*, com o recebimento da denúncia, oportunizando a ampliação probatória (acusatória e defensiva) no decorrer da instrução criminal. Tão-somente por meio da regular instrução, sob o manto do contraditório e ampla defesa, os fatos narrados na denúncia poderão ser devidamente esclarecidos. Precedentes TJMG. 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, À UNANIMIDADE, DESPREZAR A PRELIMINAR E RECEBER A DENÚNCIA COM SEU ADITAMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - Tibagy Salles - Relator.

Notas taquigráficas

Apregoadas as partes, proferiu sustentação oral, pelo Ministério Público, a Dra. Fátima Borges, DD. Procuradora de Justiça, e assistiu ao julgamento, pelo denunciado Laerte César de Campos Carvalho, a estagiária do Dr. Agnaldo José de Aquino Gomes.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral produzida, da tribuna, pela brilhante Procuradora de Justiça.

Com base no Inquérito Policial nº 190/99, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo culto Promotor de Justiça, Dr. Evandro Manoel Senra Delgado, e pelo douto Procurador de Justiça, Dr. César Antônio Cossi, ofereceu denúncia contra Francisco Luiz Cordeiro Guimarães, Prefeito Municipal de Pompéu, qualificado nos autos do processo-crime de competência originária, por figurar como incurso nas sanções do artigo 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei 6.766/79 c/c art. 29 do CP, mais art. 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei 6.766/79 (por duas vezes), na forma do art. 69 do Código Penal.

O Ministério Público também denunciou Laerte César de Campos Carvalho como incurso nas sanções do art. 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei 6.766/79 c/c art. 29 do Código Penal.

Segundo consta da exordial acusatória, os denunciados venderam lotes que não tinham o respectivo loteamento e desmembramento registrados na Administração Municipal nem no Cartório de Registro de Imóveis do Município de Pompéu.

Conforme narra o Ministério Público em sua denúncia,

não foram os lotes desmembrados através de projetos elaborados por profissionais habilitados, o projeto de loteamento e desmembramento não foi apresentado na Prefeitura Municipal conforme consta em certidão de fls. 08, inexistindo registro em cartório de imóveis (fls. 07), portanto sendo ilícitas as vendas ocorridas (fl. 04).

Com a denúncia, vieram os documentos de fls. 06/99.

Em infirmação óbvia, foram oferecidas respostas preliminares à denúncia (fls. 156/164, Laerte César de Campos Carvalho, e fls. 290/297, Francisco Luiz Cordeiro Guimarães).

No ensejo, a defesa de Laerte César de Campos Carvalho aduziu preliminar de prescrição, pediu o trancamento da ação penal por ausência de justa causa e, no mérito, aduzindo ausência de dolo, pede a rejeição da denúncia.

A defesa de Francisco Luiz Cordeiro Guimarães, por sua vez, aduziu a inexistência de justa causa como suporte mínimo para o recebimento da denúncia, inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição indireta, ausência de dano, concluindo, ao final, pedindo a rejeição da denúncia.

Manifestando-se, em parecer (342/348) da lavra do culto Promotor de Justiça, Dr. Evandro Maciel Senra Delgado, e do douto Procurador, Dr. Gilvan Alves Franco, a douta Procuradoria de Justiça pugnou pelo aditamento da denúncia, para fazer constar corretamente o nome do denunciado como Laerte César de Campos Carvalho e, ainda, pelo recebimento da denúncia, em razão de ser sua rejeição questão excepcional.

É, em síntese, o relatório.

Aduz a defesa de Laerte César de Campos Carvalho, em preliminar, que ocorreu *in casu* a prescrição.

Pela prática delitiva em que os denunciados foram dados como incurso (art. 50, Lei 6.766/79), é cominada pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Em conformidade com o disposto no art. 109, *caput* e inciso III, do Código Penal, *in casu*, a prescrição regular-se-á pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, ou seja, 5 anos de reclusão, donde se conclui que, efetivamente, não há se falar em prescrição.

Portanto, rejeito essa preliminar argüida.

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. Reynaldo Ximenes Cameiro (convocado) - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Quanto à justa causa, matéria argüida pelas defesas de ambos os denunciados, cumpre registrar que razão melhor não lhes assiste ao direito.

A justa causa não se confunde com a ausência de elementos de convicção. Ela deve ser reconhecida quando, do exame da simples exposição dos fatos na denúncia, constatar-se que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indicário configurador de autoria (STJ - RHC 3.008-9).

No presente caso, entendo que há justa causa para iniciar-se a ação penal, mormente porque a denúncia descreve condutas típicas, ilícitas e culpáveis, motivo pelo qual

impróprio obstar-se o início da ação penal ao fundamento de ausência de justa causa, quando o fato se apresenta controverso (STJ - RHC - Rel. Vicente Cernicchiaro, DJU de 13.09.93, p. 18.580).

Impende acrescer que existe justa causa para o oferecimento de denúncia inaugurando a ação penal, quando os fatos, narrados com objetividade na peça acusatória,

acham-se razoavelmente documentados e assumem inequívoca configuração típica, reveladora da existência, ao menos em abstrato, do comportamento delituoso imputado ao denunciado. Somente situações revestidas de excepcionalidade absoluta podem justificar o óbice ao início da ação penal, por ausência de justa causa penal (STF - HC 69.148-0 - Rel. Celso de Mello - DJU de 26.06.92, p. 10.107).

Assim, considerando que só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal quando aquela se revista de evidência cristalina e gritante, rejeito a argumentação de ausência de justa causa, formulada por ambos os denunciados.

Quanto à argumentação referente à ausência de dolo, mesmo que se permita um mínimo de contraditório nesta fase pré-processual, entendo que não deve ser objeto da presente análise, porque os denunciados agiram de forma livre e consciente, com vontade dirigida à efetivação do loteamento e/ou

desmembramento do solo para fins urbanos, cientes da ausência de autorização do órgão público competente.

Portanto, refuto mais essa argumentação defensiva.

Lado outro, no que tange à tese evasiva da defesa de Francisco Luiz Cordeiro Guimarães, no sentido de que era inexigível conduta diversa e erro de proibição indireta, entendo que não deve prosperar a pretensão defensiva. Senão vejamos.

Aduz que era inexigível outra conduta, porque, na condição de proprietário, o denunciado teria de dar destinação social à sua propriedade (função social da propriedade).

Ocorre que a função social da propriedade, que, *in casu*, aduz o denunciado ser rural, pode-se aperfeiçoar de várias maneiras, dentre as quais torná-la ou mantê-la produtiva.

Não se exige, necessariamente, que a função social da propriedade tenha de reverter-se em parcelamento de solo (loteamentos), sob pena de exigir-se que os milhares de quilômetros quadrados do extenso território brasileiro sejam convertidos em lotes.

Dessa forma, não há como aceder à pretensão defensiva do denunciado.

Por seu turno, não há se falar, também, em erro de proibição indireto.

Contrário ao aduzido pelo denunciado, o erro de proibição indireto, que afeta o conhecimento da antijuridicidade, ao recair sobre a permissão da conduta que, *in casu*, reveste-se do argumento de que há falsa suposição de existência de uma permissão que a lei não outorga, não se aplica no presente caso.

É que a conduta consistiu em efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, fugindo, portanto, da presente análise, a cognição quanto à natureza (urbano ou rural) do aludido imóvel.

Assim, rejeito mais essa tese defensiva.

Por fim, no que tange ao argumento meritório referente à regularização do loteamento, certo é que tal fato, por si só, não tem o condão de elidir a figura delitiva e, via de consequência, obstar o recebimento da denúncia.

Certo é que tal análise deve ser realizada quando do julgamento do *meritum causae*, oportunidade em

que, sob o manto do contraditório, a devida instrução criminal se incumbiria de fornecer os substratos necessários ao juízo decisório.

Verifico que a denúncia oferecida se encontra perfeita em todos os seus aspectos, pois, a teor do disposto na lei adjetiva, ela descreve fatos que constituem crime, em tese, que não foram elididos com o oferecimento das defesas preliminares.

Com a regular instrução processual, virão à tona os elementos necessários a ensejar a procedência ou não da acusação, questão a ser decidida ao final com o julgamento das questões que envolvem o *meritum causae*.

Insta frisar que 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.

No presente caso, os fatos narrados indicam a probabilidade de existência de crime praticado pelo Prefeito Municipal de Pompéu, Sr. Francisco Luiz Cordeiro Guimarães, bem como pelo Sr. Laerte César de Campos Carvalho, o que, por si só, já é indicativo de que a denúncia deve ser recebida.

Devo salientar que a conduta positiva cometida pelos denunciados, *in thesi*, amolda-se a tipo penal descrito no art. 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei 6.766/79 (por duas vezes), c/c art. 29, na forma do art. 69 do CP (Francisco Luiz Cordeiro Guimarães), e art. 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei 6.766/79, c/c art. 29 do Código Penal.

Como já ponderei alhures, a denúncia preenche todos os requisitos formais para ser recebida, ou seja, é oferecida por quem de direito, contém a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados e do crime, além do rol de testemunhas.

Noutro giro, não há se falar em qualquer elemento que enseje sua rejeição. Não se cogita de extinção da punibilidade, além do que as partes são manifestamente legítimas e os requisitos essenciais para o regular exercício do direito de ação se fazem presentes.

Apesar de pairarem dúvidas no que se refere à existência ou não do elemento subjetivo, 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 Gudestev 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 (PCO nº 125.158-6).

Com efeito, a denúncia deve ser recebida por estar em conformidade com os ditames legais.

Assim, evitando-se adentramentos na matéria referente ao mérito da questão, sob pena de incorrer em prejulgamento, é que finalizo o voto, fazendo-o para receber a denúncia com seu aditamento, conforme requerido (fl. 343) 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 Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Cameiro (convocado) - Examinei as peças dos autos que me foram encaminhadas e vou concordar com o voto do eminente Relator, posto que se trata de imóvel de terra devoluta e, assim, realmente, o loteamento deveria ser precedido de cuidados muito especiais, dado o prejuízo que sofreriam os adquirentes até para efeito de, amanhã, obterem financiamento para habitação popular.

Data venia, recebo a denúncia.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM A PRELIMINAR E RECEBERAM A DENÚNCIA COM SEU ADITAMENTO.

TÓXICO - RÉU PRESO - REQUISICÃO PARA INTERROGATÓRIO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 360 DO CPP - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS - PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - PROVA DE ENVOLVIMENTO DO RÉU NO TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 PARA O TIPO MENOS GRAVOSO - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INDEFERIMENTO

- É dispensável a expedição de mandado de citação para que o réu preso compareça ao ato de interrogatório, pois, para tal, ele pode ser requisitado conforme se depreende do art. 360 do CPP.

- Não há ofensa ao princípio da individualização das penas, se da decisão se depreende o porquê do quantum a que chegou o sentenciante ao estabelecer as reprimendas para cada um dos acusados, não obstante a operação tenha sido efetuada de maneira conjunta.

- A apreensão de pequena quantidade de entorpecente que se encontrava em poder do réu não elide sua responsabilidade pelo crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, se todo o conjunto probatório revela o seu envolvimento no mundo do tráfico, não podendo o delito ser desclassificado para o tipo menos grave.

- Somente pode ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, quando, convenientemente oportuna, afigurar-se suficiente para fins de repressão e prevenção do crime. Não preenchendo o réu os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal, impõe-se o indeferimento do pedido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 321.427-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual Penal - Nulidade de citação - Inocorrência - Réu preso, devidamente requisitado para o ato de interrogatório, consoante disposição do art. 360 do CPP - Lei Antitóxicos - Art. 12 - Desclassificação - Impossibilidade - Confissão

judicial e extrajudicial - Substituição da pena por restritiva de direitos - Necessidade de exame do preenchimento de requisitos de ordem subjetiva. Recursos improvidos. - É pacífico o entendimento na jurisprudência de que se o réu estiver preso e for devidamente

requisitado dispensa-se sua citação por mandado. - A simples alegação de ter sido apreendida pequena quantidade do entorpecente em poder do réu, compatível com o uso, não tem o condão de elidir sua responsabilidade pelo crime do art. 12 da Lei 6.368/76, se todo o conjunto probatório está a revelar seu envolvimento no mundo do tráfico.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de maio de 2003. - Herculano Rodrigues - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na 1ª Vara de Tóxicos da Capital, José Anilton Murca Cardoso e Reginaldo Murca Cardoso, já qualificados, denunciados incursos no art. 12 da Lei 6.368/76, foram condenados, individualmente, à pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, no regime integralmente fechado, e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque, no dia 09 de abril de 2002, policiais militares os avisaram na Rua dos Caetés, região central, em atitude suspeita e, ao realizarem as buscas, encontraram em poder do primeiro 10 (dez) papéis de crack, além da quantia de R\$200,00 (duzentos reais) e, com o segundo, 13 (treze) buchas de maconha, destinados à prática mercantil.

Irresignados, ambos os apelantes, separadamente, interuseram recurso.

A defesa de José Anilton Cardoso sustenta, preliminarmente, duas nulidades: irregularidade na citação, tendo em vista que o acusado não foi citado, mas simplesmente requisitado para o interrogatório, em flagrante prejuízo ao exercício da defesa; nulidade da sentença, que não procedeu à individualização das penas em relação a cada um dos acusados. No mérito, requer a absolvição, invocando, para tal, o "princípio da insignificância" e, alternativamente, pretende a desclassificação do crime para o tipo menos grave, além da concessão da substituição da pena por medidas restritivas de direito.

A seu turno, a defesa de Reginaldo M. Cardoso pretende tão-somente a desclassificação para o crime do art. 16 da Lei Antitóxicos.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Examine os recursos conjuntamente.

As preliminares de nulidade, levantadas pelo primeiro apelante, não merecem prosperar.

Sustenta a defesa que os direitos do acusado ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa restaram prejudicados, considerando que não foi expedido mandado de citação, mas tão-somente sua requisição judicial para o ato de interrogatório.

MIRABETE, in Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., 1997, p. 458, discorre sobre a matéria:

... é praticamente pacífico na jurisprudência que, se o réu estiver preso e for requisitado, dispensa-se sua citação por mandado. Argumenta-se que a nulidade está sanada por ter o interessado comparecido antes de consumir-se o ato, ou seja, seu interrogatório, tomando ciência da acusação (art. 570, 1ª parte). Evidentemente, a não-apresentação do preso no dia e hora designados para seu interrogatório por falha da administração não pode acarretar a pena de revelia.

O Supremo Tribunal Federal, manifestando-se acerca da desnecessidade da expedição de mandado de citação, quando o réu preso houver sido regularmente requisitado, decidiu:

Esta Primeira Turma, ao julgar os HC's 69.350 (Rel. Min. Celso de Mello) e 71.839 (Rel. Min. Ilmar Galvão), decidiu, como está consignado na ementa deste último, que a designação do interrogatório para a mesma data em que expedida a requisição não afeta o direito de defesa do acusado, seja porque não existe na lei processual exigência de interregno (HC 69.350), seja porque, preso há quase um mês, não poderia causar surpresa o fundamento da acusação, que é antecipado, em linhas gerais, pela nota de culpa ou pelo mandado, em caso de preventiva, possibilitando, assim, a elaboração de um esboço de autodefesa ou mesmo de defesa técnica para oferecimento em juízo. Por outro lado, no tocante à falta de citação por mandado, também essa Primeira Turma, ao julgar o HC 71.839, acima referido, decidiu que "a alegação de nulidade da citação por não ter sido expedido mandado judicial juntamente com o pedido de requisição do réu

preso está superada pelo comparecimento em juízo', e isso evidentemente porque a nulidade está sanada por haver o acusado comparecido antes da consumação do seu interrogatório, tomando ciência da acusação (art. 570, 1ª parte, do CPP).

José Anilton, desde o interrogatório realizado na Delegacia, tinha pleno conhecimento da imputação que lhe era atribuída, mesmo porque assinou a nota de culpa de fl. 22, da qual constava a prática delituosa a que deveria responder.

No mais, a ausência de mandado de citação não acarretou qualquer prejuízo, pois antes de se proceder ao interrogatório judicial, o MM. Juiz leu o conteúdo da exordial e, assim, o acusado, assistido naquela oportunidade por defensora, tomou novamente ciência da acusação que lhe estava sendo feita.

Destarte, rejeito a preliminar.

De igual forma, inexistente qualquer vício no procedimento de dosimetria das penas.

Ao contrário do alegado, depreende-se perfeitamente da decisão o porquê do *quantum* a que chegou o Sentenciante ao estabelecer as reprimendas para cada um dos acusados, não obstante a operação tenha sido efetuada de maneira conjunta.

Destarte, à míngua de qualquer ofensa ao princípio da individualização das penas, rejeito a preliminar.

No mérito, maior sorte não assiste aos apelantes.

Exsurge dos autos que, na data dos fatos, policiais militares, em patrulhamento de rotina pela Rua dos Caetés, na região central da Capital, avistaram os dois acusados, juntamente com uma mulher, em atitude suspeita, motivo pelo qual resolveram abordá-los.

Efetuada a busca pessoal, foram encontrados em poder de José Anilton dez papérolas de crack, pesando aproximadamente 3 g (três gramas), além da quantia de R\$200,00 (duzentos reais) e, em poder de seu irmão, o co-denunciado, 13 (treze) buchas de maconha.

Ouvindo na fase extrajudicial, o primeiro apelante confessou a prática delitiva ao informar que "dôlou a substância semelhante à crack adquirida e vendeu 20 papérolas da substância pela quantia de R\$10,00 (dez reais)" (fl. 08).

Em juízo, ratificou a confissão inicial, enfatizando que

revendeu aqueles 20 papérolas anteriores pela quantia de R\$10,00 cada um, arrecadando a quantia de R\$200,00, que foram apreendidos pelos policiais militares quando de sua prisão (fl. 60).

O policial Dari Nilo de Paula, condutor do flagrante, endossou a versão apresentada pelo réu (fl. 93).

Assim, a prova coligida harmoniza-se com a confissão, pelo que não se tem como desautorizar o próprio acusado, que admitiu a posse da droga para revenda a terceiros.

Ao contrário do alegado, a pequena quantidade de entorpecente não desnatura a tipicidade do crime (STF - RTJ, 130/1.189; RT, 601/305, 613/316, 676/286).

José Anilton foi surpreendido com quase três gramas de crack, substância de elevado poder destrutivo, anunciando, inclusive, que há três dias vinha comprando e revendendo drogas.

Portanto, não se tem como albergar a tese defensiva que pretende a absolvição invocando, para tal, o princípio da insignificância.

A desclassificação para o tipo menos gravoso também não pode ser deferida.

José Anilton noticiou que "não usa droga e nem fuma cigarro comum".

Reginaldo Cardoso, a seu turno, também confessou na Polícia "que dolou a maconha e chegou a vender várias buchas arrecadando trinta reais em dinheiro, gastando o dinheiro para pagar o hotel que ficou hospedado" (fl. 09).

Em juízo, alterou a versão inicial, dizendo que o tóxico, na realidade, destinava-se ao uso próprio, a despeito de ressaltar que "se aparecesse alguém interessado em comprar, iria revender a mesma, isso se estivesse precisando de dinheiro" (fl. 62).

A testemunha Manoel Gonçalves Couto afirmou que "ouviu os dois acusados dizendo que tais substâncias destinavam-se à venda, umas no valor de dez reais e outras no valor de cinco reais" (fls. 96/97).

No mais, Reginaldo Cardoso disse que "não foi coagido pelos policiais para prestar as declarações na Delegacia de Polícia, ou seja, os policiais não ameaçaram o interrogando e nem agrediram o mesmo fisicamente" (fl. 62).

Destarte, a incursão de ambos os apelantes no tipo do art. 12 da Lei 6.368/76 era mesmo de rigor.

As penas foram corretamente fixadas e o regime prisional está adequado.

Finalmente, a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos só pode ser concedida quando, conveniente e oportuna, afugurar-se suficiente para fins de repressão e prevenção do crime.

No caso, a circunstância de os acusados não exercerem qualquer atividade laborativa, dedicando-se, exclusivamente, à compra e venda de entorpecentes, em região central da Capital, reflete diretamente na análise do preenchimento dos requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do CP.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - LOTEAMENTO IRREGULAR - PARCELAMENTO DO SOLO - LEI Nº 6.766/79 - ART 50, INCISO I E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E II

- Promover o desmembramento de área, dividindo-a em lotes, para fins urbanos, sem licença do órgão público competente, manifestando o loteador intenção inequívoca de vendê-los, além de destituído de título de legítimo proprietário, constitui o crime previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79, com as qualificadoras descritas nos incisos I e II do parágrafo único do citado artigo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 306.384-9/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Crime contra a Administração Pública - Lei 6.766/79 - Parcelamento do solo. - Promover o desmembramento de área, dividindo-a em lotes, para fins urbanos, sem licença do órgão público competente, manifestando o loteador intenção inequívoca de vendê-los, além de destituído de título de legítimo proprietário, constitui o crime previsto no art. 50, inc. I, da Lei 6.766/79, com as qualificadoras descritas nos incs. I e II do parágrafo único do citado artigo.

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, 10 de junho de 2003. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Mercêdo Moreira* - Antônio Graçano Neto foi condenado pelo Juízo Criminal da

Destarte, não preenchendo os apelantes o pressuposto de natureza subjetiva, impõe-se indeferir a pretensão.

Do exposto, nego provimento aos recursos.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. *José Antonino Baia Borges* - De acordo.

O Sr. Des. *Sérgio Resende* - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Comarca de Barbacena, incurso nas sanções do art. 50, inc. I, e parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 6.766/79, à pena de 04 (quatro anos) e 03 (três) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos, por ter efetuado o loteamento de um terreno, sem ter obtido a devida autorização da autoridade competente, repassando as unidades para diversos compradores.

Inconformado, Antônio Graçano Neto interpõe recurso de apelação, alegando, em síntese, que era desnecessário requerer junto à Prefeitura o parcelamento do solo, pois o imóvel está situado no centro da cidade e possui toda a infra-estrutura necessária à construção, como luz elétrica, rede de esgoto e pluvial; que no terreno já existiam edificações, tendo o parcelamento sido feito quando da instalação de uma cooperativa; e que as construções realizadas no local foram aprovadas pelos órgãos públicos competentes. Pede a sua absolvição.

Contra-razões às fls. 181/185 em prol da manutenção da v. decisão.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 191/195, opina pelo desprovimento do apelo.

É o sucinto relatório.

A lei especial define como crime contra a Administração Pública:

dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

Prevê ainda a forma qualificada quando cometido "por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente" ou "com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressaltado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º, desta Lei ...".

A figura típica consiste, pois, em dar início, de qualquer modo, o que vale dizer, o parcelador inicia a prática de atos físicos, tais como abertura de vias, logradouros públicos etc., ou efetivamente efetua o loteamento, sem prévia autorização do Poder Público.

Quanto à tipificação da conduta do recorrente a esse fatos, a prova dos autos não deixa qualquer dúvida.

O próprio acusado confirma, em seus interrogatórios (fls. 36 e 92/93), ter sido ele quem dividiu o terreno em lotes, além de tê-los vendidos a diversos compradores.

Tal confissão se encontra corroborada pela prova testemunhal colhida nos autos, constante de fls. 24/33, 70/72 e 105/117.

Geraldo Anastácio de Souza, à fl. 28, disse que:

comprova de Antônio Graçano um lote de 180,16m², situado na Trav. Francisco Ferreira, esquina com a Trav. Pres. Costa e Silva - Centro de Barroso/MG; que o declarante pagou nove mil reais à vista; que, quando da compra, Antônio Graçano lhe apresentou apenas uma planta do loteamento e lhe disse que estava tudo certo com a Prefeitura (...).

Expedito Horripes de Castro, à fl. 33, informou igualmente que, quando da venda do terreno, Antônio Graçano apresentou a planta do loteamento e lhe disse que já estava autorizado pela Prefeitura.

Marcos dos Reis da Costa, às fls. 70 e 147, disse ser de seu conhecimento que Antônio abriu rua e fez loteamento.

César Geraldo da Costa, à fl. 71, esclareceu que, quando restituíram o imóvel a Leandro, Antônio já havia aberto um loteamento com rua.

A prova de que o loteamento não se encontra registrado está demonstrada pela certidão acostada à fl. 37.

O fato de no local ter existido anteriormente uma fábrica de queijos, com infra-estrutura, ou seja, luz elétrica e rede de esgoto, não significa que o solo já estivesse loteado quando vendido. Como salientou o MM. Juiz, trazendo à colação lição de DIÓGENES GASPARINI, lotear equivale a "realizar, implantar ou fazer um parcelamento (loteamento ou desdobramento), isto é, abrir ruas, marcar quadras, lotes e áreas públicas" (retirado da obra *O Município e o Parcelamento do Solo*, 2ª ed., p. 174/175).

Nesse sentido também leciona MARIA HELENA DINIZ:

O loteamento urbano é a subdivisão de área em lotes destinados à edificação de qualquer natureza, envolvendo a abertura de novo sistema viário ou alteração do existente (*Sistemas de Registro de Imóveis*, 2ª ed., p. 105).

Conforme relataram as testemunhas Leandro Pantaleão Ferreira (fl. 72), proprietário do imóvel, Marcos dos Reis da Costa (fls. 70 e 147), e César Geraldo da Costa (fl. 71), estes dois últimos adquirentes, antes de ser repassado ao apelante, o terreno não era loteado, já que existia no local somente uma empresa de laticínios.

Assim, não resta qualquer dúvida de que o acusado infringiu a legislação criminal em vigor, efetuando loteamento sem prévia autorização do Poder Público municipal.

Por outro lado, a venda ou promessa de venda de área em loteamento não registrado ou com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel constituem circunstâncias qualificadoras do crime citado, como se vê do art. 50 da Lei 6.766/79, parágrafo único, incs. I e II.

No caso, o réu induziu as vítimas em erro ao prometer a venda de bens imóveis situados em loteamento sem o devido registro como se legais fossem as promessas de compra e venda realizadas, constantes de fls. 12/23, além de não ser o legítimo proprietário do imóvel, restando comprovadas, assim, as mencionadas qualificadoras.

A alegação de que havia autorização para a construção no local é irrelevante, pois trata-se de ato distinto, que não pressupõe o parcelamento.

O fato de o imóvel estar situado no centro da cidade e possuir infra-estrutura não isentava o apelante de requerer a autorização para o parcelamento junto à Prefeitura, o que se exige pelas implicações do parcelamento, que reflete no desenvolvimento regular dos centros urbanos.

Incensurável, assim, a condenação lançada ao recorrente.

No tocante à pena, um pequeno reparo está a merecer a v. sentença.

O MM. Juiz considerou os maus antecedentes do réu para majorar a pena-base.

Ocorre que não há nos autos certidão cartorária capaz de comprovar a existência de condenações com trânsito em julgado em desfavor do apelante. Assim, decoto da dosimetria essa circunstância, deambulando a pena para 03 (três) anos de reclusão, e 15 (quinze) vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos.

CRIME CONTRA OS COSTUMES - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - RECURSO AVIADO PELA DEFESA DO RÉU FORAGIDO - NECESSIDADE DE RECOLHER-SE À PRISÃO - INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 - NÃO-CONHECIMENTO

- O equivocado recebimento do recurso pelo magistrado *a quo* não obsta o seu não-conhecimento nesta instância revisora se o recolhimento do condenado à prisão era pressuposto insuperável para se apresentar recurso apelatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 294.690-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crimes contra os costumes - Estupro e atentado violento ao pudor - Recurso aviado pela defesa de réu foragido - Necessidade de recolher-se à prisão - Inteligência do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 - Não-conhecimento.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - Luiz Carlos Biasutti - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Itamil Ribeiro Simião foi condenado, nesta Comarca de Belo

Horizonte, à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, na forma do art. 71, todos do Código Penal, pelo fato de, em 29.11.1994, por volta das 21h, nas proximidades do Hipermercado "Via Brasil", nesta cidade e comarca, ter abordado a vítima A.V.M., e seu namorado R.R.C., quando se encontravam no interior do veículo deste, e, dizendo-se policial civil e apresentando uma carteira falsa, determinou que descessem do veículo para fazer uma "visita". Ato contínuo, colocou uma máscara no rosto e apontou-lhes uma arma, exigindo que entrassem novamente no veículo, tendo rumado todos para a região da Pampulha. Próximo ao Museu, colocou o namorado da vítima no porta-malas, foi em direção ao Zoológico e, após rodar muito, abandonou-o num local deserto, levando a vítima A. para um lugar ermo, onde mandou que ela tirasse as roupas, tendo-a constrangido à *fellatio in ore*, ao coito anal, e, posteriormente, à conjunção carnal, tudo sob a ameaça da referida arma.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso.

Ficam mantidas as demais disposições da v. sentença recorrida.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

Informado com a sentença, dela recorreu, por sua defensora pública, pleiteando, preliminarmente:

a) a ilegitimidade do Órgão Ministerial para oferecer a denúncia, por não constar representação quanto aos fatos imputados ao apelante. Alega que a vítima, à fl. 46, "*declarou expressamente que não mais se interessava pelo prosseguimento da causa*", ficando a representação de fl. 48 retificada pelas declarações de fls. 46 e 47 dos autos, pois deveria ter feito uma nova representação;

b) nulidade processual, porquanto, embora devidamente requisitado, não esteve o acusado presente à audiência de oitiva das testemunhas, sendo inválida a prova produzida sem a sua presença e proibida a sua utilização.

No mérito, alega que não houve inquérito e que o apelante negou os fatos quando interrogado em juízo, não podendo prosperar o decreto condenatório. Argui, mais, que as declarações da vítima e de seu namorado são contraditórias, incoerentes e não correspondem à verdade. Aduz, ainda, que não há prova material da ocorrência de atentado violento ao pudor, consistente no coito anal. Por fim, sustenta a tese de que o atentado violento ao pudor, quando precede o estupro, configura *praeludia coiti*, sendo por ele absorvido, configurando-se um só delito.

O recurso foi contra-arrazoado, pugnando o douto Promotor de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opina neste mesmo sentido.

Não conheço do recurso.

Com efeito, verifica-se do documento acostado à fl. 200 que o réu Itamil Ribeiro Simão fugiu da Penitenciária Dênio Moreira de Carvalho desde o dia 22.05.2001, não tendo sido recapturado desde então.

De notar-se que o digno Magistrado *a quo*, por certo desconhecendo o fato de que o réu se encontrava foragido, proferiu decreto condenatório, em 28.05.2001, onde determinou fosse o ora apelante mantido na cadeia onde se encontrava.

Ora, trata-se de réu condenado por crime tido como hediondo, com péssimos antecedentes reconhecidos na sentença condenatória.

Demais disto, o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 estabelece o recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade deste recurso.

O equivocado recebimento do recurso pelo Magistrado *a quo* não obsta o seu não-conhecimento nesta instância revisora se o recolhimento do condenado à prisão era pressuposto insuperável para apresentar recurso apelatório.

É da jurisprudência:

1. O art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, 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 nº 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. Min. Moreira Alves, DJU de 26.2.93, p. 2.357). No mesmo sentido, HC nº 79.634-PE (DJU de 24.6.94, p. 16.649); HC nº 58.901-GO (DJU de 26.3.93, p. 5.005); HC nº 70.634-PE (DJU de 24.06.94, p. 16.649), todos relatados pelo Ministro Francisco Rezek.

4. Incensurável o acórdão do Tribunal *a quo* ao decidir, de forma fundamentada, pelo não-conhecimento da apelação criminal interposta por réus foragidos, com prisões decretadas, cuja sentença condenatória, como incursos nas penas de crimes hediondos, não lhes permitiu recorrerem em liberdade.

5. Habeas corpus indeferidos (HC 71.401-3, DJU de 8.9.95, p. 28.355 - STF).

Destarte, não conheço do recurso interposto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Cameiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

TÓXICO - TRÁFICO - INOBSERVÂNCIA DO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02 - NULIDADE RELATIVA - PRECLUSÃO - ART. 22, § 5º, DA LEI Nº 6.368/76 - NÃO-ATENDIMENTO - NULIDADE PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA - LAUDO TOXICOLÓGICO - OMISSÃO NA INDICAÇÃO DO MÉTODO USADO NA ANÁLISE TÉCNICA - MERA IRREGULARIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - CRIME HEDIONDO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE

- A inobservância do disposto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 gera nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, que seja argüida em tempo oportuno, sob pena de preclusão, e, ainda, que haja demonstração de prejuízo, ante o princípio consagrado no art. 563 do CPP: *pas de nullité sans grief*.

- A condição de viciado ou dependente químico não exclui, por si só, a de traficante. Portanto, a inobservância do disposto no § 5º do art. 22 da Lei nº 6.368/76, segundo o qual deverá o juiz, no interrogatório do réu, indagá-lo sobre eventual dependência, não pode fundamentar a nulidade de processo que apura crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

- Havendo nos autos laudo de exame toxicológico corretamente lavrado e assinado por dois peritos oficiais e não tendo a defesa, em momento algum, posto em dúvida a identidade da substância apreendida, constitui mera irregularidade a omissão do laudo quanto à indicação do método empregado na análise técnica, a qual é inábil para descaracterizar a materialidade delituosa.

- Ainda que a substância entorpecente pertença a terceiro, quem a porta incorre também na sanção penal.

- Constatado que a droga apreendida em poder do agente não se destinava a seu consumo, inadmissível é a desclassificação do delito de tráfico para o crime de uso previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

- Provadas a materialidade e a autoria do delito, a condenação é de rigor.

- Tratando-se de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que a Lei nº 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 324.088-4/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Tóxicos - Tráfico de entorpecentes - Preliminares de nulidade rejeitadas - Materialidade comprovada - Tráfico declarado por co-réu e confirmado por policial - Provas suficientes de co-autoria - Condenação que se impõe - Pedido alternativo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime hediondo - Imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda - Recursos improvidos.

Relatório

Bruno Toledo da Silva e Saulo de Oliveira Flausino, devidamente qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 12, c/c o art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, vez que, na tarde do dia 03.07.02, na Av. dos Ex-Combatentes, Bairro Laurindo de Castro, Município de Ubá-MG, foram surpreendidos por policiais militares com dezoito papéis de "cocaína".

O MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ubá, julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenou Bruno Toledo da Silva a cumprir a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, mais o pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa; e Saulo de Oliveira Flausino à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, mais o pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Informados, recorreram. A defesa de Saulo de Oliveira arguiu, em preliminar, nulidade do processo por cerceamento de defesa e imprestabilidade do exame toxicológico, pugnando, no mérito, pela absolvição ou desclassificação para o crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 e substituição da pena nos moldes do art. 44 do CPB. A defesa de Bruno Toledo requer, em preliminar, a nulidade do feito por inobservância do disposto no art. 38 da Lei 10.409/02 e, no mérito,

a absolvição, por inexistência de provas hábeis a fundamentar um decreto condenatório.

Contra-arrazoando o recurso, o RMP local se bate pela manutenção da sentença. A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra da ilustrada Procuradora Camila de Fátima Gomes Teixeira, opina pelo improvimento dos recursos.

Em síntese, é o relatório.

A criteriosa revisão do eminente Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2003. -
Edelberto Santiago - Relator.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DESPREZAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. -
Edelberto Santiago - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Edelberto Santiago* - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço dos recursos, próprios, tempestivos e regularmente processados.

A inobservância do disposto no art. 38 da Lei nº 10.409/02, a meu sentir, gera nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, que seja arguida em tempo oportuno, sob pena de preclusão, e, ainda, que haja demonstração de prejuízo, ante o princípio consagrado no art. 563 do CPP - *pas de nullité sans grief*.

In casu, observo não ter a defesa do apelante Bruno Toledo da Silva arguido a nulidade em comento, ou seja, cerceamento de defesa, por ocasião da defesa prévia (fls. 48/49) nem quando das alegações finais (fls. 74/76), pelo que se operou a preclusão.

Ademais, é de se salientar que o apelante foi ouvido, tanto na fase inquisitiva (fls. 09/10), quanto em juízo, em duas oportunidades (fls. 44/45 e 80), ocasiões em que pôde oferecer, oralmente, uma res-

posta à acusação, pelo que prejuízo algum lhe acarretou a inobservância do mencionado dispositivo.

Rejeito, pois, a preliminar.

Outrossim, a inobservância do disposto no parágrafo 5º do art. 22 da Lei 6.368/76, segundo o qual deverá o juiz, no interrogatório do réu, indagá-lo sobre eventual dependência, não pode fundamentar a nulidade de processo que apura crime de tráfico ilícito de entorpecentes, vez que a condição de viciado ou dependente químico não exclui, por si só, a de traficante. Ademais, o acusado Saulo, nas três oportunidades em que foi ouvido no processo, não se declarou usuário de drogas, alegando (fls. 46/47), outrossim, desconhecer o caráter entorpecente do material apreendido em seu poder.

Rejeito, pois, a preliminar.

Havendo nos autos laudo de exame toxicológico corretamente lavrado e assinado por dois peritos oficiais e não tendo a defesa, em momento algum, posto em dúvida a identidade da substância apreendida, constitui mera irregularidade a omissão do laudo quanto à indicação do método empregado na análise técnica, inábil, pois, a descaracterizar a materialidade delituosa.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, a meu sentir, desassiste razão aos apelantes.

Noticiam os autos que, na tarde do dia 03.07.02, na Av. dos Ex-Combatentes, Bairro Laurindo de Castro, Município de Ubá-MG, o apelante Saulo de Oliveira Flausino, qualificado nos autos, foi observado pelo policial militar Paulo César de Azevedo Vidal no momento em que jogava no chão uma sacola plástica. Surpreendido pelo policial, verificou-se que a sacola continha 19 (dezenove) papétes de "cocaina", ocasião em que, preso em flagrante delito, afirmou pertencer a droga ao apelante Bruno Toledo da Silva. Este, qualificado nos autos, encontrava-se no local na ocasião dos fatos e, percebendo a presença do policial, empreendeu fuga, tendo sido localizado e detido na residência de Manoel Assis Firmino, escondido debaixo de uma cama.

A materialidade delitiva está demonstrada através do auto de apreensão (fls. 15) e dos laudos de constatação e de exame toxicológico, às fls. 16 e 38, respectivamente, por meio dos quais restou comprovado tratar-se de 9,63 g (nove gramas e sessenta e três centigramas) de cocaina.

A autoria do crime imputado aos apelantes, a meu sentir, também restou comprovada.

Perante a autoridade policial, o apelante Saulo de Oliveira afirma que Bruno "lhe entregou um embrulho plástico branco contendo papétes de cocaina e lhe pediu que o levasse até a fábrica de borracha, onde o mesmo (depoente) trabalha; (...) que Bruno, temendo ser preso, lhe entregou a droga, prometendo em troca um "tiro" (fls. 08/09). Em juízo, retrata-se o apelante, declarando que "pegou a sacola sem saber de seu conteúdo porque estava bêbado" (fls. 46/47).

O co-réu Bruno (fls. 09/10 e 44/45), por sua vez, nega qualquer envolvimento com o fato delituoso, alegando que se encontrava no local dos fatos por acaso e que conhece o apelante Saulo apenas de vista.

Ora, não parecem verossímeis as declarações do apelante Bruno, vez que, caso estivesse efetivamente alheio ao fato criminoso, não teria empreendido fuga do local e procurado se esconder, como o fez, tendo sido encontrado debaixo de uma cama da residência de Manoel Firmino. Outrossim, a alegação de Saulo de que desconhecia o conteúdo da sacola também não parece crível, porquanto declinou a origem e o destino da substância ilícita perante a autoridade policial.

Destarte, como Saulo demonstra nos autos apresentar baixíssima condição financeira, incompatível com a quantidade de cocaina apreendida em seu poder, tudo leva a crer que a droga pertencia mesmo ao apelante Bruno. Ao que parece, Saulo serviria como mero transportador da droga para Bruno, recebendo, em troca, certa porção para consumo. Ademais, ao contrário de Saulo, o co-réu Bruno demonstra envolvimento anterior com tráfico e uso de drogas, conforme se depreende da certidão de fls. 32/33.

Ainda que a substância entorpecente pertença a terceiro, quem a porta incorre também na sanção penal. In casu, o apelante Saulo esteve ligado, mesmo que de forma casual e esporádica, à cadeia de tráfico ilícito de drogas engendrada por Bruno, enquadrando-se sua conduta no tipo "transportar" previsto no caput do art. 12 da Lei 6.368/76. Desta

feita, constatado que a droga apreendida em poder de Saulo não se destinava a seu próprio consumo, inadmissível a desclassificação para o crime previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, pleiteada pela defesa.

Outrossim, a versão apresentada pelo policial militar Paulo César de Azevedo Vidal (fls. 06/07 e 82) é segura quanto à autoria do delito, encontrando-se em harmonia com as declarações prestadas pelas testemunhas José Carlos da Costa (fls. 07 e 60) e Rosauro Arantes (fls. 07/08 e 61), vindo a corroborar, pois, para a condenação dos apelantes.

A defesa de Saulo pleiteia, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, o que não merece acolhida. A jurisprudência já se pacificou em sentido inverso ao entendimento do apelante:

Ementa. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Penal. Condenação no art. 12 da Lei 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei 9.714/98. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade. - À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes e, de resto, todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90). Inteligência da Súm. 171, STJ. Ordem denegada (HC nº 9.271-RJ, Rel. Min. José Amaldo da Fonseca, in DJU de 19.09.99, p. 79).

Mercê de tais considerações, nego provimento aos recursos, para manter, na íntegra, a r. sentença hostilizada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. *Zulman Galdino* - De acordo.

A Sr. Des.ª *Márcia Milanez* - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

HOMICÍDIO - LEGÍTIMA DEFESA - PRIVILÉGIO DA VIOLENTA EMOÇÃO - INOCORRÊNCIA

- A legítima defesa não pode ser reconhecida na conduta de quem, após inicial discussão, se retira e retorna armado para tomar satisfações ou desafiar a vítima, ceifando-lhe a vida.

- **Simple existência de emoção por parte do agente não basta para o reconhecimento do privilégio do art. 121, § 1º, do Código Penal.** Há de restar demonstrado um impulso emocional decorrente de ato injusto da vítima. Exige-se, outrossim, a sucessão imediata entre a provocação e a reação. Se a reação não se exerce incontinenti à ofensa, mas *ex intervallo*, o que a transforma em vingança intempestiva, não há que se falar em homicídio privilegiado.

APelação CRIMINAL Nº 311.588-8/00 - Comarca de Pitangui - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Homicídio simples - Legítima defesa - Privilégio da violenta emoção - Situações não configuradas - Teses defensivas corretamente rejeitadas pelos jurados - Veredito condenatório em perfeita consonância com a prova dos autos - Pena estabelecida no mínimo legal - Recurso desprovido. - A legítima defesa própria não pode ser reconhecida na conduta de quem, após inicial discussão, se retira e retorna armado com uma espingarda para tomar satisfações ou desafiar a vítima, ceifando-lhe a vida. A simples existência de emoção por parte do agente não basta ao reconhecimento do privilégio do artigo 121, § 1º, CP. Há de restar demonstrado o impulso emocional decorrente de ato injusto da vítima. Outrossim, exige-se a sucessão imediata entre a provocação e a reação. Não há que se falar em homicídio privilegiado se a reação não se exerce incontinenti à ofensa, mas *ex intervallo*, o que a transmuta em vingança intempestiva.

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, EXPEDINDO-SE MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Herculano Rodrigues* - Cuida-se de apelação interposta por Manoel Messias dos Santos contra decisão do Tribunal do Júri da Comarca de Pitangui, que o condenou à pena de seis anos de reclusão, em regime semi-aberto, incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal, por haver desferido um tiro de espingarda contra a vítima Osmar Fátima Rocha, provocando-lhes as lesões descritas no laudo de necropsia de fls. 19/21, que o levaram a morte - fato este ocorrido em data de 15 de agosto de 2001, no Bairro Cidade Nova, em Maravilhas, naquela comarca.

Pretende o recorrente a cassação do veredito, por contrário à prova dos autos, alegando haver

agido sob a égide da legítima defesa própria ou mesmo sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima. Alternativamente, bate-se pela redução da pena imposta.

Com as contra-razões de fls. 116/120, subiram os autos, opinando a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento do apelo, conforme parecer de fls. 125/129.

No principal, é o relatório.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo, negando-lhe, contudo, provimento.

A decisão dos jurados está em perfeita consonância com a prova coligida, pelo que deve ser mantida.

Embora tenha sido o homicídio precedido de um breve desentendimento entre réu e vítima - o que deu ensejo à exclusão, por ocasião da sentença de pronúncia, das qualificadoras do "motivo fútil" e da "surpresa", inicialmente capituladas na denúncia -, tal acontecimento foi criteriosamente avaliado pelos jurados, que acertadamente afastaram as teses da legítima defesa e do homicídio privilegiado.

O ofendido, Osmar Fátima Rocha, era cunhado e vizinho do réu, Manoel Messias dos Santos. Na noite de 15 de agosto de 2001, a esposa deste último, Clemência Pereira Santos, depois de ingerir grande quantidade de aguardente em companhia de sua cunhada, Silvani Souza Meira, e da vítima, na residência destes - como habitualmente faziam -, começou a comportar-se de modo inconveniente, vindo, em dado momento, a cair sobre o sofá. Alertado por sua filha sobre o estado de Clemência, Manoel Messias dirigiu-se até a casa de Osmar e Silvani e, em vão, tentou retirar a mulher dali. Clemência não quis sair e Osmar acabou por intervir, segurando-a. Em razão disso, travaram uma breve discussão. Irritado, o acusado deixou a casa da vítima e dirigiu-se até sua residência, onde se armou com uma espingarda tipo "polveira". Da cerca que dividia as duas propriedades Manoel chamou por Osmar, tendo este, ao sair pela porta da cozinha, sido alvejado na região torácica por um disparo certo e letal efetuado pelo réu.

Embora o réu tenha alegado que a vítima também se armara com um facão, isto não restou devidamente comprovado nos autos.

Diante deste contexto fático, extraído dos testemunhos tomados, tendo o acusado, após discutir com a vítima, se dirigido até sua residência e retornado armado para desafiá-la, não seria lícito aos jurados reconhecer em favor do acusado quaisquer das situações de privilégio previstas no artigo 121, § 1º, do Código Penal, e tampouco a excludente da legítima defesa própria.

No tocante ao privilégio da "violenta emoção", expressamente invocado pelo apelante em suas razões, é de se assinalar que a simples existência de emoção por parte do agente não basta a seu reconhecimento. Há de restar demonstrado, e isto não acontece no caso dos autos, um impulso emocional decorrente de ato injusto da vítima. Outrossim, exige-se a sucessão imediata entre a provocação e a reação. E isto também não se teria verificado na espécie.

Não há que se falar em homicídio privilegiado se a reação não se exerce incontinenti à ofensa, mas *ex intervallo*, o que a transforma em vingança intempestiva.

JÚRI - VOTAÇÃO DOS QUESITOS - CONTRADIÇÃO - NULIDADE ABSOLUTA - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO

- Há que se exigir do exercício de julgar, ainda que se trate de tribunal leigo e de julgamento soberano, a coerência, como expressão do julgamento.

- A incongruência das respostas dadas nas duas séries de quesitos demonstra, a toda evidência, a contradição dos jurados ao decidir um mesmo fato criminoso, impondo-se a anulação do julgamento para que a outro possa ser submetido o réu.

APelação CRIMINAL Nº 315.688-2/00 - Comarca de Tombos - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Tribunal do Júri - Votação dos quesitos - Contradição - Conselho de Sentença que, diante do mesmo contexto fático, mesmo *modus operandi* e igual identidade de propósito na ação criminosa do réu, decide de forma contraditória nas duas séries de quesitos - Fato que caracteriza a perplexidade dos jurados ao decidir - Nulidade absoluta - Declaração de ofício - Submissão do réu a novo Júri.

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 ANULAR, DE OFÍCIO, O JULGAMENTO POPULAR.

E, quanto à legítima defesa, não pode ser reconhecida, a toda evidência, na conduta de quem, após inicial discussão, se retira e retorna armado com uma espingarda para tomar satisfações ou desafiar a vítima, ceifando-lhe a vida.

Isso considerado, nego provimento ao recurso interposto, mantendo a decisão do Tribunal do Júri de Pitangui, inclusive quanto à reprimenda, fixada no mínimo legal

Expeça-se contra o réu o competente mandado de prisão.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. *José Antonino Baia Borges* - De acordo.

O Sr. Des. *Sérgio Resende* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, EXPEDINDO-SE MANDADO DE PRISÃO

Belo Horizonte, 22 de maio 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 Tombos, após regular instrução criminal, foi José Antônio Pires pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, *c/c* art. 14, II, e art. 121, *caput*, *c/c* art. 14, II, e art. 69, todos do Código Penal, pelo fato de, em 18.11.2001, ter desferido golpes de faca contra as vítimas Sebastião Emílio Pacheco e Walter Vicente Brum, só

não causando o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, não reconheceram os Srs. Jurados a qualificadora do motivo fútil em relação à primeira vítima, desclassificando o crime de tentativa de homicídio simples para tentativa de lesão corporal leve em relação à segunda vítima, razão pela qual foi condenado à pena de 02 anos de reclusão e 02 meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 129, c/c art. 14, II, e art. 69, todos do Código Penal.

Inconformado, interpõe o RMP o presente recurso de apelação, pleiteando a cassação do veredicto popular, porque manifestamente contrário à prova dos autos, com a submissão do réu a novo Júri.

Argumenta, em síntese, que, conforme comprovado nos autos, o móvel da primeira agressão foi o fato de a vítima Sebastião Emílio Pacheco Ferreira ter retirado o réu José Antônio Pires do bar, sendo, portanto, fútil a motivação do crime.

Alega, mais, que o réu não conseguiu consumar o homicídio contra a vítima Walter Vicente Brum por circunstâncias alheias à sua vontade, porquanto, como demonstrado nestes autos, praticou todos os atos executórios, não conseguindo a consumação do delito por fato independente de sua vontade, vez que a vítima tentou abandonar o local, quando foi atingida, demonstrada, assim, a intenção homicida do apelado.

O apelo foi contrariado, manifestando-se o apelado José Antônio Pires, por seu defensor, pela manutenção, *in totum*, da decisão ora hostilizada.

Em seu parecer, manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial do recurso, cassando-se a decisão do Tribunal do Júri apenas quanto ao crime praticado contra a vítima Walter Vicente Brum.

A materialidade dos crimes está demonstrada nos laudos periciais de fls. 18/20 e 21/23 e no laudo de fls. 61/62 (natureza e eficiência da arma).

Trata-se de réu confesso (interrogatórios de fls. 07/08, 51/53 e 172/175).

Não obstante, antes de se adentrar o mérito do recurso, há que suscitar, de ofício, uma nulidade absoluta, consistente na contradição nas respostas dadas pelos jurados nas duas séries de votações.

Ao votar o 2º quesito da 1ª série do questionário, que indaga se "o acusado iniciou a execução de um crime de homicídio contra a referida vítima (Sebastião Emílio Pacheco Ferreira), que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade", o Conselho de Sentença votou afirmativamente, por maioria (4x3), pela ocorrência do crime de tentativa de homicídio.

No entanto, na 2ª série de quesitos, em relação à vítima Walter Vicente Brum, ao votar o 2º quesito, com a mesma redação acima referida, por maioria (3x4), respondeu negativamente, operando-se em relação à 2ª vítima a desclassificação do crime de homicídio para o de lesão corporal.

Ora, como se verifica da análise do contexto probatório, estavam o réu e as vítimas em um bar, onde todos bebiam. A partir de um certo momento, instalou-se um tumulto generalizado. Ato contínuo, o réu deixou o recinto, foi até a residência de sua mãe, armou-se com uma faca, retornou ao bar e agrediu com um golpe de faca as vítimas Sebastião Emílio Pacheco Ferreira e Walter Vicente Brum.

Assim, os fatos criminosos relatados nestes autos aconteceram num mesmo contexto fático, com o mesmo *modus operandi* e identidade de propósitos, não se podendo conceber que o réu tivesse agido com intenção de matar em relação à 1ª vítima e de apenas lesar com relação à 2ª, que, inclusive, teve participação mais ativa nos acontecimentos.

Ora, há que se exigir do exercício de julgar, ainda que se trate de tribunal leigo e de julgamento soberano, a coerência, como expressão do julgamento.

In casu, a incongruência nas respostas dadas nas duas séries de quesitos demonstra, a toda evidência, a contradição dos jurados ao decidir um mesmo fato criminoso, impondo-se a anulação do julgamento para que a outro possa ser submetido o réu.

Aliás, o próprio placar de votação nas duas séries de quesitos (4x3, na 1ª, e 3x4, na 2ª) deixa claro que os Srs. Jurados tiveram perplexidade no entendimento do quesito que lhes foi submetido.

Evidente a contradição na resposta dos quesitos, impõe-se ser reconhecida a nulidade do julgamento, a teor do art. 564, parágrafo único, do CPP, que no caso é absoluta.

Neste sentido é a orientação jurisprudencial. Confira-se a ementa, *in verbis*:

TJSP - Havendo conflitantes manifestações dos jurados, ocorre sem dúvida nulidade, que no caso é absoluta por força do art. 564, parágrafo único, do nosso código adjetivo, não havendo necessidade de ser reclamada pela parte (RT, 716/429).

Com estas considerações, sem exame das razões do apelo ministerial, em preliminar e de ofício, a teor do art. 564, parágrafo único, do CPP, anulo o julgamento, determinando que a outro seja submetido o réu.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Cameiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - ANULARAM, DE OFÍCIO, O JULGAMENTO POPULAR.

INCÊNDIO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - COMPROVAÇÃO DE PERIGO COMUM - DELITO DE AMEAÇA - MERAS BRAVATAS INAPTAS A CONFIGURAR A FIGURA TÍPICA

- O crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem.

- 421- Se as vítimas, em suas declarações prestadas em juízo, afirmam que não se sentiram ameaçadas pelas palavras do réu, que não passaram de meras bravatas, incapazes de provocar-lhes qualquer tipo de receio, é de ser mantida a absolvição do réu no que tange ao delito de ameaça.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 307.803-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de incêndio - Absolvição - Impossibilidade - Comprovação de perigo comum - Sentença reformada - Delito de ameaça - Meras bravatas inaptas a configurar a figura típica - Absolvição mantida - Recurso parcialmente provido.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de março de 2003. - Luiz Carlos Biasutti - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Juiz de Fora, Geraldo Márcio da Costa foi denunciado como incurso nas iras do art. 250, § 1º, inciso II, a, e art. 147, duas vezes, c/c o art. 69, todos do Código Penal, pelo fato de haver, no dia 06.03.2002, por motivo de ciúmes, causado incêndio na residência em que coabitava com sua

esposa e seus filhos e, posteriormente, já na Delegacia de Polícia, ameaçado Deilane Alves de Sales e Isabel de Fátima Ferreira Matias - respectivamente, esposa e vizinha - de causar-lhes mal grave e injusto.

Após regular instrução criminal, prolatou o MM. Juiz *a quo* a sentença de fls. 97/100, em que entendeu de absolver o réu de todas as imputações que lhe foram feitas.

Inconformado com o decreto condenatório, o digno representante do *Parquet* pugna pela reforma da sentença monocrática, com a condenação do acusado nos exatos termos da denúncia.

A defesa, por sua vez, requer a manutenção *in totum* da sentença combatida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso ministerial.

Este, o relatório.

Consta dos autos que, no dia 06.03.2002, por volta das 12h, Geraldo Márcio da Costa, após discutir com sua amásia Deilane Alves de Sales por motivo de ciúmes, aguardou que ela saísse de casa e ateou fogo em quase toda a residência, expondo a perigo o patrimônio de sua família e o de seus vizinhos.

Após ter sido preso em flagrante, já na delegacia, o denunciado ameaçou de morte sua esposa e sua vizinha Isabei de Fátima Ferreira Matias.

A materialidade do crime de incêndio está sobejamente comprovada pelo laudo de fls. 21/27 dos autos, o mesmo ocorrendo em relação à autoria, confessada pelo acusado e corroborada pelos demais depoimentos testemunhais.

Na fase inquisitiva, declarou o réu que:

... na data de hoje ateou fogo na residência onde reside com sua amásia Deilane Alves de Sales em função da mesma ter outro homem e por que ela queria vender a casa onde a gente mora. (fl. 8).

Em juízo, afirmou que, por ciúmes, resolveu atear fogo em um colchão e em alguns móveis da casa para "dar um susto" em sua amásia porque acreditava que ela tivesse outro companheiro (fl. 52).

Deilane Alves de Sales, por sua vez, confirmou em juízo que:

... em visita na cadeia, ouviu do acusado que ateou ele fogo na casa porque ficou com ciúmes da ora informante e queria lhe dar um susto; que o acusado ateou fogo em um sofá cujas labaredas acabaram por atingir alguns colchões que estavam na sala... (fl. 66).

Assim, o que ressaí claro e inofismável do contexto probatório é que o acusado, após discutir com sua amásia, conscientemente e com a finalidade de causar prejuízos patrimoniais, ateou fogo nos móveis de sua residência, causando o incêndio que, por ter sido controlado em tempo pelos bombeiros, não chegou a causar danos aos imóveis vizinhos.

Ora, o crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem, o que, *in casu*, ocorreu nas duas hipóteses, conforme ressaí do laudo pericial e da prova testemunhal.

Ademais, colhe-se da jurisprudência que:

O dolo do delito do art. 250 do CP consiste na vontade livre e consciente de provocar incêndio, com conhecimento do perigo comum (TJSP - AC - Camargo Sampaio - RT, 489/343).

No que tange aos crimes de ameaça, creio que razão assiste à defesa, porquanto as vítimas, em

suas declarações prestadas em juízo, afirmam que não se sentiram ameaçadas pelas palavras do réu, que não passaram de meras bravatas, incapazes de provocar-lhes qualquer tipo de receio, conforme se vê das declarações constantes de fls. 66/67 e 76.

Desta forma, sou pela manutenção da absolvição do réu no que tange ao delito de ameaça e por sua condenação em relação ao crime de incêndio qualificado, nos exatos termos da denúncia, passando em seguida à dosimetria da pena.

Primário, sem registro de antecedentes criminais que possam ser tomados como desabonadores e não tendo a militar contra si quaisquer das demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo-lhe a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, deixando de considerar a atenuante da confissão espontânea porquanto já imposta a reprimenda primitiva em seu grau mínimo.

Caracterizada a causa de aumento prevista no art. 250, parágrafo 1º, inciso II, a, do CP, agravo em 1/3 a pena para, na ausência de causas, motivos ou circunstâncias outras aptas a modificar este *quantum*, torná-la concreta em 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, calculada a unidade em sua base mínima.

Tendo por atendidos os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo art. 44 do CP e seus incisos (pena não superior a quatro anos, delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, primariedade do réu, ausência de maus antecedentes, conduta social e personalidade, motivos e circunstâncias do fato a indicarem ser esta alternativa suficiente para prevenção e reprovação do crime), substituo a pena corporal imposta por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, na forma a ser explicitada pelo juízo da execução, a quem delegeo a competência para a realização da audiência admonitória.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

TÓXICO - TRÁFICO - PROVA - DELAÇÃO DE CO-RÉU - DEPOIMENTOS DUVIDOSOS DE POLICIAIS - INSUFICIÊNCIA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO - ABSOLVIÇÃO

- Para embasar a condenação pela prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, a prova da traficância exercida pelo réu deverá ser segura e firme. A mera suspeita decorrente da delação de co-réu, ainda que aliada a depoimentos duvidosos de policiais, não autoriza a condenação do réu. Em casos assim, deve-se aplicar o brocardo *in dubio pro reo*, procedendo-se à absolvição.

- V.v.: - Se o decreto condenatório se baseou na delação inquisitorial do co-réu, somada a depoimento de policial militar, a prova coligida permite a conclusão de que o acusado, abordado em conhecida região de tráfico, estava comercializando entorpecentes. Nesse caso, deve ser confirmada a sentença condenatória. (Des. Herculano Rodrigues)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 322.766-7/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Tráfico de entorpecentes - Prova - Delação do co-réu - Insuficiência para embasar a condenação - Depoimento prestado por policiais - Declarações contraditórias e duvidosas - Recurso provido - Absolvição decretada. - A mera suspeita decorrente da delação do co-réu é insuficiente para condenar o réu como incurso nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76. Em tema de comércio clandestino de entorpecentes a prova resultante do depoimento duvidoso de policiais não autoriza a condenação. Quando o suporte da acusação enseja dúvidas, o melhor é absolver.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2003. - Reynaldo Ximenes Carneiro - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta por Daniel Martins da Silva, em face da r. sentença 174/182-TJ, em razão da qual fora condenado pela prática do crime capitulado no art. 12 da Lei 6.368/76, c/c art. 61, I, do CP, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, a ser cumprida em regime integralmente fechado. Alega estar a r. decisão em dissonância com a prova carreada aos autos, não havendo provas suficientes da traficância exercida pelo réu, de modo que sua condenação se deu unicamente pelo fato de possuir

extensa ficha criminal e porque os policiais fizeram com que o co-réu Wellington declarasse que havia adquirido a droga do apelante. Alega a existência de contradições nos depoimentos das testemunhas de acusação, além de que a quantidade de droga apreendida foi ínfima, sendo insuficiente para autorizar o decreto condenatório pelo crime de tráfico. Por fim, requer a reforma da r. decisão, para absolvê-lo do crime ao qual foi condenado (fls. 185/189-TJ).

Contra-razões ministeriais às fls. 190/195-TJ, pugnano pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do desprovimento do apelo defensivo (fls. 200/203-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, o recurso interposto está a merecer provimento.

A materialidade do delito encontra-se substanciada pelo auto de apreensão (fl. 12), laudo de constatação (fl. 20) e laudo de exame toxicológico definitivo (fls. 57/58).

Quanto à autoria, observa-se que o réu negou, em ambas as fases processuais, a participação no delito. A condenação do apelante se deu com base na delação do co-réu Wellington, que afirmou ter adquirido a droga do apelante.

Entretanto, o co-réu Wellington somente foi ouvido na fase inquisitorial, sendo que seu depoimento é insuficiente para embasar a condenação do apelante.

Ademais, tem sido entendimento reiterado desta Câmara, que a delação do co-réu como única prova não é suficiente para condenar aquele que não foi encontrado portando ou tendo em depósito a droga.

Assim, o seguinte julgado:

Trafico de entorpecente - Condenação baseada exclusivamente na acusação dos co-réus, absolvidos pelo porte do tóxico - 'Além de ser perigoso condenar alguém pela declaração de co-réus a regra de direito comum exige formalmente que a testemunha, para ter fé, seja juramentada. Ora, o acusado, contra quem se instaura processo-crime, não pode depor sob juramento e nada há que autorize a favor de cúmplices tão grave exceção à regra. Segundo esta, suas declarações não podem ter valor senão concordando com outros meios de convicção' (TJSP - AC 10.323-3 - Rel. Marino Falcão - RT, 556/300).

Por outro lado, observa-se que o depoimento dos policiais militares também não se mostra apto a autorizar a condenação do apelante, pois se mostra contraditório e duvidoso.

O policial Elton Geraldo Tavares, à fl. 149, assim declarou: "...que não viu Daniel jogar cocaína no chão mas o viu próximo ao local; que no local onde o acusado estava costumam ocorrer transações de drogas".

Ailton Ferreira da Costa, também policial militar, assim se pronunciou à fl. 154:

... que não se recorda quem está vendendo droga para quem; (...) que Daniel era conhecido nos meios policiais por uso e venda de drogas e outros crimes. (...) que não viu a transação sendo feita; que viu um dos acusados jogando porção de droga e o outro sendo encontrada com ela; que a praça e as redondezas são locais conhecidos usados por traficantes e usuários, (...) que não lembra qual dos acusados jogou a droga; que não lembra com quem foi encontrado a droga.

Assim, entendo que o réu não pode ser condenado simplesmente porque se encontrava em um local suspeito. Ademais, ambos os policiais não souberam declinar com segurança quem teria atirado a droga no chão, além do fato de não terem presenciado qualquer transação sendo realizada.

Neste sentido, o seguinte julgado:

A prova resultante de depoimentos policiais, uma vez demonstrado que são contraditórios, suspeitos e, portanto, indignos de fé, autoriza a absolvição, pois geram a dúvida no espírito do julgador (TJSC - AC - Rel. Ivo Sell - JC, 21/526).

Há que se salientar que as testemunhas constantes do boletim de ocorrência sequer foram ouvidas no inquérito policial, como em juízo, de modo que mais uma vez o contexto probatório se mostrou bastante deficiente.

Desse modo, observa-se que as provas trazidas aos autos contra o apelante são frágeis e para se condenar alguém por tráfico não basta mera suspeita, impõe-se que a prova proporcione a convicção de que o crime, realmente, foi cometido pelo acusado, pois, na dúvida, aplica-se o brocardo *in dubio pro reo*.

Neste sentido, não havendo prova segura e firme da traficância exercida pelo réu, a existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório:

Indícios, ainda que veementes, não bastam por si sós à prolação de decreto condenatório, sendo indispensável a tal desiderato a certeza da responsabilidade penal (TACRIM-SP - AC - Rel. Costa Mendes - JUTACRIM, 53/373).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o réu do crime de tráfico de entorpecentes, capitulado no art. 12 da Lei 6.368/76. Expeça-se alvará de soltura.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Com a devota *venia*, ousou discordar do em. Des. Relator, para confirmar a sentença a *quo*, que condenou o acusado Daniel Martins da Silva à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime integralmente fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 12 da Lei Antitóxicos.

A prova coligida, ao meu aviso, permite a conclusão de que o acusado, abordado em conhecida região de tráfico, estava comercializando entorpecentes.

O co-denunciado, ouvido na fase extrajudicial, noticiou que no momento do flagrante o apelante realmente lhe vendia uma "bucha" de maconha, acrescentando que seu nome lhe foi indicado por terceiros.

Em juízo, o policial Ailton Ferreira da Costa relatou que os co-denunciados se encontravam encostados num poste, um de frente para o outro, e que "devido ao horário ser avançado e a postura dos acusados era típico de quem estava transacionando drogas" (fl. 154).

Elton Geraldo Tavares, participante da diligência, asseverou que nada tinha contra o apelante, mas "que conhecia Daniel dos meios policiais" (fl. 149). Além disso, ressaltou que foi apreendida a quantidade de R\$5,00 (cinco reais) em poder do acusado.

Registre-se, ainda, que o acusado está respondendo a outro processo por delito idêntico, o que reforça ainda mais as provas destes autos.

Assim, percebo que o decreto condenatório não se baseou única e exclusivamente na delação inquisitorial do co-denunciado.

Do exposto, peço *venia* ao em. Des. Relator e nego provimento ao recurso, confirmando a sentença primeva.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. VOGAL, APÓS VOTAR O DES. RELATOR DANDO PROVIMENTO E O DES. REVISOR NEGANDO PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Resende) - Este julgamento foi adiado na sessão do dia 03.04.2003, a pedido do Des. Vogal, após votar o Des. Relator dando provimento, e o Des. Revisor negando provimento.

CRIME HEDIONDO - CUMPRIMENTO DA PENA - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - PROGRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 - SENTENÇA - OMISSÃO DA EXPRESSÃO "INTEGRALMENTE" - IRRELEVÂNCIA

- A pena por crime hediondo deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, por força do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Assim, o fato de o juiz, ao estabelecer o regime prisional, deixar de mencionar a expressão "integralmente", indicando-o simplesmente como fechado, não tem o condão de assegurar ao condenado a progressividade do regime da pena, não se podendo concluir, diante de tal omissão, que o regime seja apenas inicialmente fechado.

RECURSO DE AGRAVO Nº 311.244-8/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Agravo na execução - Progressão de regime - Impossibilidade - Crime hediondo - Irrelevância de haver o juiz, na sentença, estabelecido que o cumprimento da pena se daria no regime fechado, e não no integralmente fechado. - Dispondo a sentença que o cumprimento da pena se fará "em regime fechado", não há como se concluir que o seja apenas inicialmente, mas sim integral-

mente. Recurso ministerial provido para cassar a decisão que concedeu ao condenado a progressão.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - Senhor Presidente. Com respeitoso pedido de *venia* ao eminente Revisor, estou a acompanhar o não menos eminente Relator.

É que, apesar dos fortes indícios existentes contra o acusado, a prova que lhe é desfavorável é frágil, tendo em vista que se resume, praticamente, na palavra do co-réu, a qual restou quase que isolada nos autos.

Vale notar que o depoimento policial se baseia, praticamente, apenas nessa mesma palavra do co-réu.

Assim, se a prova não é robusta, deixando margem a dúvidas quanto à real prática, por parte do acusado, do delito que lhe é imputado, cabe aplicar o princípio *in dubio pro reo*, procedendo-se, por conseguinte, à sua absolvição.

Por força dessas razões, com renovado pedido de *venia* ao eminente Revisor, acompanho o eminente Relator e dou provimento ao recurso, para absolver o acusado.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA.

mente. Recurso ministerial provido para cassar a decisão que concedeu ao condenado a progressão.

Acórdão

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

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. -
Kelsen Cameiro - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kelsen Cameiro - Trata-se de recurso de agravo manifestado pelo representante do Ministério Público contra decisão (fls. 46/48-TJ), que concedeu ao sentenciado Fábio Resende Costa, condenado como autor de homicídio qualificado, a progressão em seu regime prisional, passando-o para o semi-aberto, com o entendimento de que a sentença condenatória estabeleceu o cumprimento da pena no regime fechado, e não no integralmente fechado.

Sustenta o ilustre Promotor de Justiça que, tratando-se de crime hediondo, não é possível a progressão, mesmo que da sentença conste como regime o fechado, e não o integralmente fechado para cumprimento da pena. Aduz, mais, que a Lei dos Crimes Hediondos não é inconstitucional.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão pelo despacho de fl. 49-v.-TJ, subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento.

É o relatório resumido.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a progressão de regime foi concedida ao sentenciado simplesmente porque entendeu a MMª. Juíza que a sentença condenatória deixou dúvida quanto ao regime prisional, e não por ter como inconstitucional a Lei dos Crimes Hediondos ou, ainda, por achar que a mesma acabou modificada pela de tortura.

Feita esta observação, passo ao exame do recurso.

Com o devido respeito ao posicionamento da digna Juíza e ao dos ilustres Colegas que adotam orientação contrária, não concordo, *data venia*, com o entendimento por eles defendido no sentido de admitir a progressão de regime prisional nos chamados crimes hediondos, quando a sentença, ao estabelecer o regime, indica-o simplesmente como fechado, deixando de mencionar a expressão *integralmente*.

De acordo com o que estabelece o § 2º do art. 33 do Código Penal:

... as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado...

Por esta regra, vê-se que o condenado pode beneficiar-se com a progressão, independentemente de o juiz, na sentença, determinar que o regime fixado seja inicial ou não.

A progressão, portanto, deriva de uma exigência legal e não é preciso, para que o condenado possa obtê-la, que o sentenciante especifique na decisão que a pena será cumprida, inicialmente, neste ou naquele regime.

Nos crimes hediondos, em que a progressão é vedada, aplica-se o mesmo raciocínio. Não é necessário que, na sentença, o sentenciante diga que a pena será cumprida em regime integralmente fechado. Esta é uma exigência e uma imposição da própria lei. Conforme estabelece o § 1º do art. 2º do diploma regulador da matéria, " ... a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado".

Desse modo, a expressão *integralmente* constitui-se em apenas um *plus* dispensável e que não tem o condão de alterar a situação daqueles condenados pela prática de crime hediondo.

Sobre o tema o STF, a quem cabe sempre a última palavra, decidiu:

Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado. O fato de a sentença não se haver referido à expressão 'integralmente' não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena. *Habeas corpus* indeferido (STF, 1ª Turma, HC 78.976-RJ, Min. Ilmar Galvão, DJU de 18.06.1999, unânime).

Crime hediondo: regime fechado integral imposto por lei que a maioria do Tribunal tem por constitucional não basta a autorizar a progressão que, na sentença, se haja limitado o juiz a determinar o regime fechado, sem adjectivá-lo de integral (STF, 1ª Turma, HC 78.977-3, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.06.1999, unânime).

O STJ também inadmitte o direito à progressão de regime em tais casos, conforme se verifica das ementas abaixo transcritas:

A Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do HC 69.603. De outro lado, dispondo a sentença e o acórdão

que o cumprimento da pena se fará 'em regime fechado', não há como se concluir que o seja apenas inicialmente, mas sim integralmente. HC denegado (HC 5.710-DF - j. em 13.05.97, Rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJU em 18.08.97, p. 37.916).

Fixando as instâncias comuns que o cumprimento da pena se dará em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas sim atendendo-se ao preceito de lei, integralmente (HC 9.625 - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - julgado em 17.06.99, DJU de 16.08.99, p. 00087).

Se a sentença condenatória houvesse estabelecido o cumprimento da pena no regime inicialmente fechado a situação seria diferente. Mas não é este o caso dos autos.

Ao contrário, o MM. Juiz sentenciante, ao dispor sobre o regime, assim se manifestou: "A pena

será cumprida em regime fechado (CP, art. 33, § 2º, letra a, c/c art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90)" (g.n.), não deixando, pois, qualquer dúvida quanto à impossibilidade de progressão do regime prisional imposto ao sentenciado, ao citar expressamente o artigo que veda tal benefício, da Lei dos Crimes Hediondos.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso ministerial, para determinar o retorno do condenado Fábio Resende Costa para o regime fechado.

Custas, de acordo com a lei.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

TÓXICO - QUANTIDADE MÍNIMA DE ENTORPECENTE - IRRELEVÂNCIA

- Irrelevante é a quantidade de droga apreendida com o réu, para que se configure o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 309.870-4/00 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Tóxico - Quantidade mínima de entorpecente - Irrelevância - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade. - Irrelevante é a quantidade de droga apreendida com o réu, para que se configure o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

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, 20 de maio de 2003. -
Mercêdo Moreira - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Ailton Marques da Rocha foi condenado à pena de 8 (oito) meses de detenção, no regime semi-aberto, pela prática do delito previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76.

Irresignado com a v. sentença, recorreu, pleiteando sua absolvição, ao argumento de que portava infima quantidade de maconha, e, alternativamente, a redução da pena, eis que fixada de forma exacerbada.

Ressalta que sua conduta não causou qualquer dano à saúde pública.

Há contra-razões, às fls. 54/55, em prol da manutenção da sentença, e a douta Procuradoria de Justiça, às fls. 60/63, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos legais.

Narra a denúncia que, em 23.7.01, por volta de 11h, na Rua Calixto Amin, Novo Horizonte, em Visconde do Rio Branco, o denunciado foi abordado por policiais militares, trazendo consigo, aproximadamente, 0,4g (quatro decigramas) de maconha, destinada ao uso próprio.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de apreensão de fl. 10, laudo de constatação de fl. 12 e laudo toxicológico de fl. 22.

Tais fatos foram plenamente confirmados pelos depoimentos dos policiais Ivan Fidélis, às fls. 5 e 34, e Fabiano Faustino Mendes, às fls. 5 e 33, além da confissão do próprio acusado, às fls. 5/6 e 26.

A alegação de que, sendo infima a quantidade de droga apreendida em poder do acusado, consoante o princípio da insignificância, sua conduta é atípica, não tendo causado qualquer dano à saúde pública, não merece acolhida.

Pune-se o crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 não por ter causado, ou poder causar, dano à saúde do usuário, mas sim pelo perigo que o entorpecente pode causar à coletividade, principalmente no que tange ao perigo que representa à saúde pública, em face das suas propriedades. Irrelevante é, pois, a quantidade de droga apreendida com o réu.

Saliente-se o entendimento da jurisprudência acerca da questão:

A circunstância de ser mínima a quantidade de maconha encontrada em poder dos réus não prejudica a configuração da tipicidade do crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, que está vinculada às propriedades da droga, ao risco social e de saúde

pública, e não à lesividade comprovada em cada caso concreto (STF - RE 109.619 - Rel. Octávio Galloti - RTJ, 119/874 e RT, 614/402).

No mesmo sentido os julgados *RJTJRS*, 162/126, 151/189, 153/144.

Dessa forma, estando a materialidade e a autoria devidamente comprovadas, outro caminho não se pode seguir senão o da condenação do denunciado.

Por outro lado, verifica-se que a pena não foi fixada de forma exacerbada, como alega, pois compenhou-se a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mantendo-se, ainda, a pena pouco acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais, que não lhe são favoráveis, como se vê das certidões de antecedentes criminais de fls. 19/20.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO CIVIL - RETIRADA DOS AUTOS DE CARTÓRIO PELO ADVOGADO PARA RECORRER - DIREITO OBSTADO DIANTE DA POSSIBILIDADE DE A PARTE VENCEDORA PLEITEAR A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEU LIMITE MÁXIMO - POSICIONAMENTO ADOTADO EM 1º GRAU - MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO - ORIENTAÇÃO MANTIDA EM 2ª INSTÂNCIA COM A DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - PRETENDIDA REFORMA - RECURSOS DA ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS NÃO CONHECIDOS - RECURSO DA OAB-SP CONHECIDO E PROVIDO

- A interposição simultânea dos recursos especial e ordinário pela Associação dos Advogados de São Paulo configura a pretensão de mais de um pronunciamento judicial contra a mesma decisão. Não-observância do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade.

- Não cabe recurso especial contra decisão que denegou mandado de segurança em última instância pelo Tribunal de Justiça, *ex vi* da regra estabelecida no art. 105, II, b, da CR. Assim, não se conhece do recurso apresentado pela AASP.

- Quanto à pretensão deduzida pela OAB-SP, merece guarida o inconformismo, pois não há como admitir caracterizada a sucumbência recíproca diante da hipótese de a parte vencedora postular a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo. Em verdade, a condenação na verba advocatícia em percentual menor que o limite máximo legal não caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que não há procedência parcial da ação. Assim, com base nesse raciocínio, não há cogitar que o prazo recursal seja comum, pois, no caso, o prazo é particular. Esse entendimento, aliás, já foi prestigiado neste Sodalício quando do julgamento do RMS 292-SP, oportunidade em que foi destacado o r. parecer do ilustre Professor Nelson Nery Júnior, que, na condição de representante do Ministério Público, assentou que "não se considera existente a sucumbência recíproca, para efeitos de caracterizar-se o prazo recursal como comum, quando a parte não obteve o máximo da verba honorária".

- Recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo não conhecidos.

- Recurso ordinário deduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo conhecido e provido.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.785-SP - Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Advogado: Carlos Roberto Verzani. Recorrente: Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado: Flávio Luiz Yarshell. Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Socorro-SP.

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 da Associação dos Advogados de São Paulo e dar provimento ao recurso da OAB, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento). - Ministro Franciulli Netto - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator) - A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, na condição de entidade de classe, impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juiz Titular da 1ª Vara da Comarca de Socorro-SP, consistente em não permitir aos advogados a vista de autos fora do cartório após a sentença, ainda que se trate de casos de procedência ou improcedência total do pedido.

Tal negativa estaria amparada no entendimento de que o prazo para apelação é sempre comum. Nesse sentido, sustentou o douto Juízo de

1º grau, em suas informações, que, ainda que a sentença tenha sido favorável a uma das partes, o vencedor pode apelar para elevação da verba honorária quando não fixada no grau máximo de 20%; bem como opor embargos de declaração; ou apelar, ainda que vencedor, cabendo ao juiz aferir seu interesse recursal, e não ao cartório (fls. 72/76).

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se pronunciar, houve por bem indeferir o pleito liminar (fl. 68).

Após apresentadas as informações, bem como o r. parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, a colenda Seção de Direito Privado da Corte de origem determinou a remessa dos autos à Seção de Direito Público daquele Tribunal estadual (fl. 95). Efetivada a redistribuição dos autos, a Associação dos Advogados de São Paulo-AASP foi compelida a se manifestar.

Cumpridas as diligências, a colenda 7ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal a quo houve por bem denegar a segurança almejada. Entendeu que a impetrante possui legitimação extraordinária para figurar no pólo ativo da ação e, também, que "os autos, nos primeiros cinco dias após a publicação da sentença ou acórdão, deverão permanecer em Cartório para consulta dos interessados, vencedores ou vencidos" (fl. 131) e que "não cabe ao vencido, nem ao cartório, definir se há ou não interesse da parte vencedora em recorrer" (fl. 131).

Pontificou, ainda, que a segurança não pode ser concedida "ante o entendimento do Tribunal Superior e os dizeres do art. 40, III, § 2º, do CPC, não há como ver caracterizado o direito líquido e certo necessário à concessão da segurança. O inciso XV, última parte, do art. 7º da LF nº 8.906/96 há de ser lido em conjunto com a lei processual e contraposto a igual direito do outro advogado". Assentou, também, que "não teria o Tribunal como, nesta ação mandamental, expedir ordem que delimitasse as possíveis situações. Nossa decisão conteria sempre uma disposição genérica a ser interpretada, em cada caso concreto, pelo juiz e por seus funcionários, fugindo à natureza própria da ação de segurança" (fl. 132).

Por fim, concluiu a Corte a quo que

o fato de a segurança estar sendo denegada não implica em que o Tribunal ratifique ou corrobore o entendimento do juiz impetrado (fl. 135) e apresentou "solução indicada pela experiência e pela sensação do que seja a intenção do legislador: a) não pode o processo sair de cartório nos primeiros cinco dias, para possibilitar às partes o conhecimento da

sentença ou acórdão em seu inteiro teor (...); b) após os cinco dias, dentro da lógica do razoável e da experiência acumulada de juizes e funcionários, não há razão para negar a vista fora de cartório à parte vencida quando o prazo for autônomo ou quando assim se apresentar; c) eventuais problemas serão resolvidos no dia-a-dia, dispondo o juiz (que poderá sempre devolver o prazo ao prejudicado) como a situação o exigir" (fl. 136).

Em vista desse desate veio a lume o presente recurso ordinário ajuizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Sustenta, em síntese, que restaram violados os artigos 7º, XV, da Lei n. 8.906/94 e 5º, LV, da Constituição Federal. Pondera que a hipótese dos autos não cuida de prazo comum. Nesse eito, aponta julgados desta Corte Superior de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Irresignada, também a Associação dos Advogados de São Paulo interpõe, respectivamente, recursos especial e ordinário. O primeiro recurso está ancorado na negativa de vigência à lei federal, bem como no dissenso pretoriano. No que toca ao recurso ordinário, assegura a recorrente que o v. julgado hostilizado se afasta da correta aplicação do artigo 40, § 2º, do estatuto processual civil, razão pela qual almeja a integral reforma do *decisum*.

Após o r. parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça paulista, no sentido da carência da impetração em relação à OAB, não-conhecimento dos recursos especial e ordinário (fls. 244/247), sobreveio a r. decisão da Corte Estadual que não admitiu o recurso especial apresentado. No que aduz ao recurso ordinário da OAB e da Associação, contudo, foi deferido o processamento.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, instada a se pronunciar, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 258/260).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Francislli Netto (Relator) - Antes do exame da irresignação trazida, é de todo conveniente encetar a análise da interposição simultânea dos recursos especial e ordinário pela Associação dos Advogados de São Paulo.

Conforme consignado, foram ajuizados, em peças distintas, porém, concomitantemente, recurso especial e recurso ordinário. No especial, datado de 4 de junho de 2002, a recorrente elegeu como violado

o artigo 40, § 2º, do Código de Processo Civil e, bem assim, apontou a desarmonia do posicionamento da Corte a quo com outros Tribunais (fls. 161/172). Quanto ao recurso ordinário, apresentado em 5 de junho de 2002, foi questionada a não-observância do suso-referido dispositivo processual.

A evidência, a parte recorrente almeja mais de um pronunciamento judicial acerca de uma única irresignação.

Em vista dessas peculiaridades, nunca é demais lembrar que subsiste em nosso sistema processual civil o princípio da singularidade, também denominado de unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

Conquanto seja cediço, mister se faz ressaltar que o sobredito princípio recursal admite, dentre as exceções, a possibilidade de interposição de embargos de declaração com outro recurso.

No particular, reitere-se, sob a alegação de que a decisão hostilizada não merece prevalecer, a recorrente fundamenta as razões do especial nas mesmas premissas inseridas nas razões de recurso ordinário. Denota-se, pois, evidente abuso ao direito de recorrer.

Essa inferência decorre da peculiaridade de que o direito de recorrer da parte se exauriu com a interposição do primeiro recurso (recurso especial), que será devidamente analisado. Destarte, o advento do segundo (recurso ordinário) demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

Com o intuito de bem aclarar a assertiva acima, é de bom conselho trazer à colação as lições do saudoso mestre José Frederico Marques, com a acuidade que o notabilizou, ao dissertar que se dá

a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente. Ela se funda na regra do *non bis in idem*, e, no direito positivo, tem seu assento legal no que preceitua o art. 289 do Código de Processo Civil de 1939, *in verbis*: "Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide" (cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª reedição, revista, atualizada e complementada por OVIDIO ROCHA BARROS SANDOVAL, Millennium Editora, v. II, p. 348, 2000, Campinas-SP).

Colocada a questão nesses termos, não se conhece do recurso ordinário apresentado pela Associação dos Advogados de São Paulo.

Em face dessa circunstância, passa-se ao exame do recurso especial apresentado.

Dispõe o artigo 105, II, b, da Constituição da República, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso ordinário "os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

Não se aplica, ao caso, o princípio da fungibilidade recursal.

Sabem-nos todos, ocioso rememorar, que a doutrina (cf. NELSON NERY JÚNIOR, in *Princípios Fundamentais - Teoria dos Recursos*, 5ª ed., Editora RT, p. 119/144) e a jurisprudência (cf. RMS nº 5.663-ES, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in *DJ* de 15.04.96, e REsp nº 59.330-RJ, Relator Felix Fischer, in *DJ* de 15.12.97) consagram o entendimento de que, para incidência do princípio supra-referido, há necessidade do preenchimento de três requisitos: 1) dúvida objetiva acerca de qual recurso cabível; 2) ausência de erro grosseiro; e 3) prazo recursal.

A Carta da República, por sua vez, prevê, expressamente, as hipóteses de cabimento de recurso ordinário (artigo 105, inciso II) e especial (artigo 105, inciso III), razão por que fica afastado o pressuposto de dúvida sobre o cabimento do recurso contra acórdão que não concede a segurança.

O reflexo lógico da ausência da dúvida objetiva acerca do recurso próprio para o inconformismo da parte repercute diretamente na ocorrência de erro grosseiro. Pontifica Nelson Nery Júnior que "configura erro grosseiro a interposição de recurso errado, quando o correto se encontra indicado expressamente no texto de lei" (cf. *ob. cit.*, p. 135).

No caso dos autos, além da previsão expressa no Texto Maior, o estatuto processual civil e o Regimento Interno deste Sodalício também estabelecem as hipóteses de recursos ordinário e especial (cf. artigos 539 e 541 do Código de Processo Civil e 247 e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça), circunstância a configurar evidente erro grosseiro quando do ajuizamento do recurso especial em detrimento do ordinário.

No que toca à questão do prazo recursal, embora existam entendimentos no sentido de que o recurso ajuizado erroneamente deverá ter sido protocolizado dentro do prazo daquele em que se almeja

transformá-lo, não se deve esquecer que, se preenchidos os requisitos da ocorrência de dúvida objetiva e da falta de erro grosseiro, poder-se-ia admitir como irrelevante a questão do prazo.

Na hipótese, entretanto, inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que não foram observados os pressupostos necessários ao seu reconhecimento. Esse pensar, aliás, filia-se à torrencial jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, podendo ser lembrados, entre outros, os seguintes julgados: RMS nº 5.663-ES, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJ de 15.04.96, e REsp nº 59.330-RJ, Relator Felix Fischer, in DJ de 15.12.97; REsp nº 185.286-SC, Relator Ministro Vicente Leal; Ag nº 297.342-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ de 31.05.00; e Ag 303.458-PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, in DJ de 02.08.00.

É certo que vigora no sistema processual brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas, cujo corolário, no que se refere aos recursos, é, indubitavelmente, o princípio da fungibilidade. Ocorre, porém, que o fato de ter um mesmo tribunal a competência para o julgamento, tanto do recurso interposto erroneamente como daquele que caberia na hipótese, é requisito óbvio, mas não único.

Esse entendimento prevaleceu em iterativos julgados desta Corte, podendo ser lembrados, entre outros, o AGA 337.583-CE, da relatoria do subscritor deste, DJU de 10.09.01. A título de reforço, vejam-se, também, os seguintes arestos deste Sodalício:

Recurso especial. Penal. Mandado de segurança. Ordem denegada. Recurso ordinário. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Impossibilidade.

- O art. 105, II, b, da Constituição Federal prevê a interposição de recurso ordinário de decisões denegatórias proferidas em mandado de segurança, pelos Tribunais Regionais Federais ou por Cortes Estaduais.

- A interposição de recurso especial constitui-se em erro grosseiro, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

- Recurso não conhecido (REsp 237.933-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 25.02.2002).

Constitucional. Mandado de segurança. Recurso especial. Erro grosseiro.

- 1. O princípio da fungibilidade não acoberta o erro grosseiro na interposição do recurso, mormente diante da clareza meridiana do texto constitucional quanto ao recurso cabível da denegação de mandado de segurança.

- 2. Recurso não conhecido (ROMS 5.714-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 04.09.2000).

Agrega-se que a recíproca deve prestigiar esse entendimento, visto que, no julgamento do AGA 431.897-MG, relatado pela douta Ministra Eliana Calmon, in DJU de 16.12.2002, esta colenda 2ª Turma, sem discrepância de votos, negou provimento ao agravo por entender que "a interposição de recurso ordinário em lugar de recurso especial constitui erro grosseiro. Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal".

Dessa feita, não merecem ser conhecidos os recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo.

No que se refere ao recurso da Ordem dos Advogados do Brasil, permita-se, por conveniente, investigar o ato tido por ilegal praticado pelo MM. Juízo de 1ª instância, bem como a possibilidade de a instituição representante de classe impetrar o presente mandado de segurança coletivo.

Segundo se depreende das informações prestadas pelo digno Magistrado, a impossibilidade de a parte vencida exclusivamente retirar os autos de cartório para recorrer encontra óbice na interpretação dada por aquele Juízo ao item 38 das Normas de Serviços da Corregedoria do Estado de São Paulo. Assegura que a mencionada instrução determina que, de regra, o prazo para interpor e responder recurso correrá em cartório, salvo quando: 1) o prazo for autônomo e houver um único legitimado a recorrer; 2) o prazo for comum e as partes interessadas acordarem, por meio de petição, a divisão do lapso temporal; e 3) o prazo for autônomo e tiver o acréscimo a que fazem jus a Fazenda Pública e o *Parquet* (cf. fls. 74/75).

O ato tido por ilegal pode ser assim resumido no modo de entender do digno Magistrado de que, embora uma parte seja totalmente vencida, o prazo para recorrer deve ser comum e correr em cartório, diante da possibilidade de a parte vencedora pugnar pela majoração dos honorários.

Analisado de modo afoito, pode enxergar-se no ato emanado do digno magistrado como um mandamento de conteúdo genérico. É de ver, entretanto, que o destinatário do ato é a classe dos advogados que atua na Comarca de Socorro e a proibição de retirar os autos, no particular, acaba por acarretar lesão ao exercício individual da atividade do profissional do direito. Conclui-se, dessa feita, que a ordem do MM. Juízo atua como um ato específico, de maneira que o direito da classe, supostamente violado

de modo concreto, pode ser tutelado pelo mandado de segurança.

Em sintonia com esse raciocínio, este Sodalício já se pronunciou, por meio de julgado da colenda 2ª Turma, ao pontificar que:

O ato produziu, nos pontos atacados, efeitos concretos sobre o exercício da profissão do advogado, portador de instrumento procuratório para a prática de seus misteres. Lembre-se que o mandado de segurança é coletivo, objetivando a defesa dos interesses da própria Classe, ou dos associados que, como profissionais, a integram. Se o dispositivo constitucional veio justamente para facilitar o manuseio do chamado remédio heróico, nestes casos (coletivo), não se pode exigir atuação isolada de cada um dos advogados nos processos em que postula. Mais adiante elucida o r. precedente que, "segundo Hely Lopes Meirelles, na lição trazida para estes autos, admite-se mandado de segurança contra atos (leis, decretos) aparentemente normativos que estabeleçam proibições ou vedações de atividades ou condutas individuais, mas com efeito lesivo a direito" (cf. RMS nº 3.015-RJ, Relator Ministro Hélio Mosimann, in DJ de 6.6.94).

Sob esse prisma, afasta-se eventual dúvida acerca da possibilidade da impetração contra o ato inquinado de ilegal.

Colocada a *questio* nessa senda, passa-se à análise do pleito recursal.

Para caracterização da ocorrência de ato lesivo, é de rigor perquirir se, na hipótese de haver um vencedor na demanda e, por consequência, uma parte vencida, o prazo para recorrer deve ser considerado comum ou particular, a par da possibilidade de a parte vencedora impugnar o *quantum* fixado a título de honorários.

Adverte NELSON NERY JÚNIOR que: "o prazo recursal pode ser comum ou particular. Quando houver sucumbência recíproca, o prazo é comum, ao passo que, havendo sucumbência total de uma das partes, o prazo para a outra recorrer é particular" (cf. ob. cit., p. 286). Em outro passo, preleciona o douto processualista que a sucumbência recíproca se evidencia quando "ambas as partes não alcançaram tudo o que poderiam extrair do processo" (cf. ob. cit., p. 51).

Sem ser exaustivo, constata-se que, após verificada a natureza da sucumbência, é possível chegar qual o prazo que deve ser considerado para efeito de recurso, isto é, comum ou particular.

Em benefício da clareza, repita-se, mais uma vez, que o ato tido por ilegal está circunscrito na qualificação que o digno Magistrado, no particular, atribui ao prazo recursal, embora uma parte seja totalmente vencida. Prevê o MM. Juízo a possibilidade de a parte vencedora pugnar pela majoração dos honorários, razão por que o lapso temporal, considerado comum, deve ser computado em cartório, ou seja, sem a retirada dos autos. Esse modo de pensar estaria em harmonia com o artigo 40, § 2º, do diploma processual civil, ao prever que, "sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos poderão os seus procuradores retirar os autos".

Com a devida vênia do entender do digno Magistrado, bem como do julgado da Corte de origem, não há como admitir caracterizada a sucumbência recíproca diante da hipótese de a parte vencedora postular a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo. Em verdade, a condenação na verba advocatícia em percentual menor que o limite máximo legal não caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que não há procedência parcial da ação. Assim, com base nesse raciocínio, não há cogitar que o prazo recursal seja comum, pois, no caso, o prazo é particular.

Na linha de raciocínio acima, este Sodalício já assentou que, "se a parte foi integralmente vencida na sentença, não se pode falar em prazo comum a inviabilizar a retirada dos autos de cartório pelo seu advogado" (cf. RMS nº 292-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ de 30.3.92).

Esse r. precedente, a propósito, traz à balha o teor do r. parecer da lavra do Professor NELSON NERY JÚNIOR, que, na condição de representante do Ministério Público paulista, registrou:

O cerne da questão está na qualificação do prazo para interposição de recurso: se particular ou comum às partes. Prazo comum, no magistério de Moniz de Aragão, é aquele destinado a ambas as partes. Quando houver sucumbência recíproca, vale dizer, vencidos simultaneamente autor e réu, o prazo para interposição de recurso é comum. Quando, todavia, o pedido é julgado integralmente procedente ou improcedente, o prazo deixa de ser comum e passa a ser particular. Não se considera existente a sucumbência recíproca, para efeitos de caracterizar-se o prazo recursal como comum, quando a parte não obteve o máximo da verba honorária. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (grifos não originais - cf. RMS nº 292-SP, acima citado).

Na mesma vereda, confira-se a obra do saudoso processualista THEOTONIO NEGRÃO e do jurista JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊIA, na qual, em nota ao artigo 40 do Código de Processo Civil, são apontados iterativos julgados acerca do tema em comento (cf. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, nota 9 ao art. 40, 35ª ed., Ed. Saraiva, p. 154).

Assim, pois, é de reconhecer que o ato que impede o advogado da parte vencida de retirar os autos de cartório, por considerar comum o prazo para recorrer quando não fixados os honorários advocatícios em seu percentual máximo, viola direito líquido e certo e restringe o exercício profissional da advocacia.

Registre-se, a título de mera lembrança, que a doutrina partilha do entender de que, diante da possibilidade de o ato judicial poder ser impugnado por meio de embargos de declaração, deve-se considerar prazo comum os primeiros 5 (cinco) dias para oposição do mencionado recurso. Entretanto, "ultrapassado o prazo para embargos, o prazo será particular se vencida totalmente apenas uma das partes" (cf. Nelson Nery Júnior, ob. cit.). O douto Ministro Humberto Gomes de Barros, trilhando no mesmo caminho, já teve oportunidade de assentar que, "como toda decisão é potencialmente suscetível de embargos declaratórios, os primeiros dias que sucederem à publicação da sentença ... (omissis) ... devem ser considerados prazo comum. O restante

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA EM SESSÃO PLENÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - NULIDADE ABSOLUTA

- Nos termos do art. 416 do Código de Processo Penal, passada em julgado a sentença de pronúncia, esta somente poderá ser alterada pela verificação de circunstância que modifique a classificação do delito.

- É vedado ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, em sessão plenária, retificar a pronúncia, invertendo o nome dos pronunciados para adequá-los em outra conduta, diferente da descrita na denúncia, pronúncia e libelo, em total afronta ao devido processo legal e ao princípio da plenitude de defesa, precisamente porque contra tal acusação não se defenderam os réus e porque não revela circunstância superveniente que modifique a classificação do delito.

- Habeas corpus concedido.

HABEAS CORPUS Nº 21.450-RJ - Relator: Ministro VICENTE LEAL

Impetrante: Paulo Roberto Alves Ramalho. Impetrado: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Claudecy Marques Ferreira (preso). Paciente: Marcelo Abel Marinho (preso).

do prazo de apelação reserva-se ao sucumbente" (cf. RMS nº 5.000-9-MG, in DJ de 10.4.95).

Pelo que precede, não conheço dos recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo. No que toca à pretensão recursal deduzida pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, merece ser conhecido e provido o recurso ordinário.

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 da Associação dos Advogados de São Paulo e deu provimento ao recurso da OAB, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003. - *Bárdia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no DJU de 04.08.2003.)

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem de habeas

corpus, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido e do voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves concedendo em parte a ordem, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar, verificado o empate na votação e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido votou com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Sustentaram oralmente o Dr. Paulo Roberto Alves Ramalho, pelos pacientes, e o Dr. Samir Haddad, Subprocurador-Geral da República.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Vicente Leal* - Relator.

Relatório

Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator) - Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado Paulo Roberto Alves Ramalho em favor de Claudecy Marques Ferreira e Marcelo Abel Marinho, condenados pela prática de homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado, no qual se ataca acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, em sede de apelação, negou provimento ao recurso em que se postulava a nulidade do processo, em razão da modificação, realizada em plenário do Tribunal do Júri, da sentença de pronúncia.

Nas razões de impetração, alega o ilustre advogado impetrante que houve, na hipótese, violação à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, na medida em que os pacientes foram denunciados, pronunciados e libelados por um fato e condenados por fato diverso, ainda que sem alteração da classificação jurídica, desprezando-se o princípio da correlação ou congruência.

Aduz, em síntese, violação do art. 416 do Código de Processo Penal, uma vez que, durante todo o processo, inclusive nos termos da denúncia, pronúncia e libelo, a conduta de um réu estava sendo atribuída ao outro e vice-versa. Requer, ao final, a concessão da ordem para o fim de anular-se o processo desde a pronúncia, inclusive, relaxando as prisões dos pacientes.

Prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que emitiu parecer pela concessão da ordem (fls. 81/87).

É o relatório.

Voto

Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator) - Conforme salientado no relatório, na impetração alega-se estarem os pacientes sofrendo constrangimento ilegal por processo manifestamente nulo, ante a violação ao art. 416 do CPP, uma vez que, durante todo o processo, inclusive nos termos da denúncia, pronúncia e libelo, o réu Claudecy estava sendo processado como se fosse o réu Marcelo, e este como Claudecy, isto é, a conduta de um estava sendo atribuída ao outro.

O impetrante sustenta que os pacientes restaram condenados por fatos pelos quais não foram denunciados, sendo que sequer deles puderam defender-se, tampouco foram pronunciados ou libelados, ensejando, destarte, a nulidade absoluta do processo, por absoluta ausência do devido processo legal.

Pugna, ao final, pela anulação do processo, desde a pronúncia, inclusive, relaxando a prisão dos pacientes, ante o excesso de prazo.

A irresignação merece prosperar.

É certo que, convencido da existência do crime e de haver indícios da autoria, o juiz deve proferir a sentença de pronúncia. Como juízo de admissibilidade, com o objetivo de submeter o acusado ao julgamento pelo Júri, não se exige na pronúncia a certeza sobre a autoria, como se exige para a condenação. Dai que não vige o princípio do *in dubio pro reo*, mas se resolve em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova (*in dubio pro societate*).

Não havendo recurso contra a sentença de pronúncia, ou confirmada esta decisão pelo Tribunal, o escrivão remeterá os autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, para oferecer o libelo crime acusatório, que é a exposição escrita e articulada do fato criminoso reconhecido na pronúncia, com a indicação do nome do réu, das circunstâncias agravantes previstas na lei penal e dos fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da sanção penal, bem como do pedido de procedência da pretensão penal.

Decerto a sentença de pronúncia fixa os limites da acusação quanto ao fato criminoso e às qualificadoras, e o libelo não pode desatendê-la, sendo nulo quando em desacordo com a decisão em sua questão substancial.

De se ver, por outro lado, que, nos termos do art. 416 do Código de Processo Penal, passada em

julgado a sentença de pronúncia, esta somente poderá ser alterada pela verificação de circunstância que modifique a classificação do delito. É que, embora em regra a sentença de pronúncia seja imutável pelo juiz após seu trânsito em julgado, nem mesmo provocada por aditamento ou a pretexto de ter havido irregularidade ou nulidade, permite-se sua alteração somente quando ocorrer circunstância superveniente que modifique a classificação do delito.

Na espécie, ao que se tem, a sentença de pronúncia transitou em julgado, impondo aos pacientes, como impôs, a autoria dos crimes de homicídios qualificado e tentado.

E, como visto, já em sessão plenária, o MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri retificou a pronúncia, em total afronta ao artigo 416 do Código de Processo Penal, apontando no sentido de que os jurados entendessem que, onde estivesse escrito Claudecy Marques Ferreira, deveria ser lido Marcelo Abel Marinho e, ao contrário, onde estivesse escrito Marcelo Abel Marinho, que se lesse Claudecy Marques Ferreira, o que, a toda evidência, afrontou o devido processo legal e o princípio da plenitude de defesa, precisamente porque contra tal acusação não se defenderam os réus e porque não revela circunstância superveniente que modifique a classificação do delito.

Irrelevante, acrescente-se, afirmar-se que para os pacientes não houve prejuízo porque ambos sustentaram a tese da negativa de autoria, que foi repelida pelo jurados, sendo certo que o que se pretende contrapor é, por sem dúvida, a inovação da acusação, pelas quais os pacientes não foram denunciados, delas não se defenderam e tampouco foram por elas pronunciados ou libelados.

A propósito, registre-se o pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu ilustre parecer, *verbis*:

Não se pode fazer uma simples troca de nomes e, conseqüentemente, dos papéis supostamente desempenhados por cada um dos paciente na feitura dos crimes. Necessário, se faz que uma nova sentença de pronúncia seja prolatada, a fim de que seja desenvolvida com clareza a imputação supostamente cometida por cada um dos pacientes, permitindo a eles o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em conseqüência dessa nulidade absoluta, os pacientes postulam a expedição de alvarás de soltura, pelo excesso de prazo já verificado.

Os paciente estão presos há mais de quatro anos. Ora, configurada a nulidade insanável acima exposta,

configura-se claramente o excesso de prazo, que inclusive não pode ser imputado à defesa (fls. 86).

Correto o pronunciamento do ilustre membro do Ministério Público Federal, o qual incorpore a este voto e adoto como razão de decidir.

Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para anular o processo desde a pronúncia, permitindo aos pacientes aguardarem em liberdade a prolação de nova sentença de pronúncia, a fim de que seja desenvolvida com clareza a imputação supostamente cometida por cada um dos pacientes, permitindo a eles o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ordeno a expedição de alvará de soltura.

É o voto.

Voto-vencido (em parte)

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves - Sr. Presidente, concedo em parte a ordem de *habeas corpus* para anular somente o Júri, para que outro se faça com a observância da pronúncia.

Voto-vencido (em parte)

Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar - Senhor Presidente, alguém foi denunciado e pronunciado por ter praticado, segundo a acusação, determinado fato. O juiz da pronúncia reconheceu a existência de tal fato e os indícios da autoria. No Tribunal do Júri, aconteceu o impensável, alguém disse: "a acusação deste fato deve ser dirigida contra beltrano e não contra sicrano". O juiz, possivelmente alguém neófito na atividade jurisdicional, acolheu a declaração.

Ora, não podemos - creio eu - nesta oportunidade, invalidar o Júri, levando uma conseqüência para um instante anterior ao Tribunal do Júri. Há de remanescer, segundo entendo, íntegra a sentença de pronúncia. O Júri desfaz-se, porque gritantemente invalidado pela nulidade de que já se tratou nesta oportunidade. Perguntar-se-á: e a sentença de pronúncia, em que há erro material? A essa altura, transitou em julgado formalmente e materialmente, e o Júri é quem decidirá quando lhe for levada essa acusação. Somente o Júri poderá dizer que o fato não é verdadeiro ou que a imputação não está correta. Se sobejar algum fato delituoso a ser apontado a alguém, mesmo que seja um dos réus, se não houver prescrição, o Ministério Público atuará novamente, porque não será repetição da primeira acusação, será outra acusação.

Concedo em parte a ordem de *habeas corpus* para anular o julgamento do Tribunal do Júri e, pelo prazo que já se alarga, expedir o alvará de soltura.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator concedendo a ordem de *habeas corpus*, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalho, e do voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves concedendo em parte a ordem, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar, verificado o empate na

votação e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, a Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho votou com o Sr. Ministro-Relator.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 03 de outubro de 2002. - Eliseu Augusto Nunes de Santana - Secretário.

(Publicado no DJU de 04.08.2003.)

ADMINISTRATIVO - INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - PENALIDADE - PRÉVIA NOTIFICAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 127/STJ - O CÓDIGO DE TRÂNSITO IMPÕS MAIS DE UMA NOTIFICAÇÃO PARA CONSOLIDAR A MULTA - AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

- 1. Impossibilidade de conhecimento do recurso no tocante à arguição de incompetência da Câmara que julgou a apelação, uma vez que, apesar da oposição de embargos de declaração, que foram rejeitados, a recorrente não sustentou violação do art. 535, II, do CPC.

- 2. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) prevê duas notificações, a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Semelhança com o processo judicial, por isso que ao imputado se concede a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

- 3. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

- 4. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do *iter* procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

- 5. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing*, não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que *in casu* se opera pelas notificações apontadas no CTB.

- 6. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração se segue a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no art. 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (arts. 2º e 1º, respectivamente, do Contran).

- 7. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282 do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290 do CTB.

- 8. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade, a famigerada multa pretendida abocanhar acodadamente.

- 9. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do eg. STJ e com a do eg. STF as quais, malgrado admitam à Administração anular os seus atos, impõem-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

- 10. No mesmo sentido é a *ratio essendi* da Súmula 127 do STJ, que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

- 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 460.178-RS - Relator: Ministro LUIZ FUX

Recorrente: Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A.-EPTC. Advogados: Elisabeth Elias Bohm e outros. Recorridos: Vidanova Empreendimentos e Serviços Ltda. e outro. Advogado: Rafael Corte Mello.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília- DF, 17 de junho de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Relator.

Relatório

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto pela Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A.-EPTC contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Constitucional, Administrativo, Processual Civil e Processual Administrativo. Código Brasileiro de Trânsito (CTB). Aplicação de penalidades sem o devido processo legal. Ação ordinária. Liminar deferida. Julgamento de improcedência na origem. Provimento em grau recursal.

- É incabível notificação de infração de trânsito c/c notificação de penalidade aplicada sem a observância da defesa prévia, da ampla defesa e do contraditório; em suma, sem o devido processo legal.

Incidência e aplicação do artigo 5º, LV, da CF-1988, do artigo 281, da Súmula 127 do STJ. Igual incidência da Lei nº 9.784, de 29.01.1999 (DOU de 1º.12.1999 - arts. 2º e 3º), que regula o processo administrativo.

- Apelação provida. Ação julgada procedente. (fl. 437)

A recorrente sustenta violação dos artigos 97 da CF; 480 e 481 do CPC; e 281 do Código de Trânsito Brasileiro.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 541/556).

O juízo positivo de admissibilidade encontra-se às fls. 588/592.

É o relatório.

Voto

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Preliminarmente, registre-se a impossibilidade de conhecimento do recurso especial quanto à arguição de incompetência da Câmara que julgou a apelação.

Com efeito, embora tenha oposto embargos de declaração, que foram rejeitados, a recorrente não sustentou em sede de recurso especial violação do art. 535, II, do CPC, buscando sanar a potencial omissão do Julgador *a quo* no tocante à apreciação da preliminar de incompetência suscitada, sendo certo que a função do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar o entendimento acerca da legislação infraconstitucional, não podendo atuar como Terceira Instância revisora ou Tribunal de Apelação reiterada.

Outrossim, no atinente à violação do artigo 281 do CTB, o recurso merece ser conhecido, porquanto atendido o requisito do prequestionamento.

Ressalta inequívoco do CTB que a autoridade de trânsito, que antes de julgar o auto de infração, seja qual for a penalidade a ser em tese aplicada, não conceder ao autuado oportunidade de defesa, viola direito líquido e certo deste, amparável por mandado de segurança. É que o atual Código Brasileiro de Trânsito (Lei 9.503/97), embora não seja específico no ponto, assim como não o era o anterior Código Nacional de Trânsito (Lei 5.106/66), reconhece esse direito, de modo implícito, ao concedê-lo em outras situações, como a dos arts. 257, § 7º, e 265. Deveras, se todas são penalidades, como assenta o art. 256, não é lógico conceder direito de defesa só em relação a algumas. Ainda que assim não bastasse, forçoso reconhecer que o direito de defesa, inclusive no âmbito administrativo, vem garantido pelo art. 5º, LV, da CF. Por isso, a Resolução 568/80, do Contran, foi recepcionada pelo atual CTB, conforme admite o art. 314, parágrafo único, do CTB.

Aliás, nem poderia ser diferente. Isto porque, dentre os princípios que se destacam no procedimento administrativo, reluz o da "garantia de defesa".

Preleciona a acatada doutrina de HELY LOPES MEIRELLES:

O princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art. 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito anglo-norte-americano.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

Dai a justa observação de Gordillo de que: *El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo. O que coincide com esta advertência de Frederico Marques: 'Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do due process of law. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal'. E remata o mesmo jurista:*

'Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou

indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-lhes adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa'.

Em respaldo às ilações doutrinárias, posiciona-se a jurisprudência nos seguintes arestos: "STF, RDA, 73/136, 97/110, 114/142, 118/99; TFR, RTFR, 34/140; RDA, 38/254; TJMG, RDP, 20/245; TJSP, RDA, 45/123, 54/364; RT, 261/365, 321/260; 1ª TASP, RT, 257/483, 260/563, 270/632, 345/352".

A conclusão pela ocorrência da dupla notificação obedece mesmo a uma análise histórico-teleológica da legislação pertinente.

Forçoso relembrar que no vetusto CNT estabeleciam os artigos 112 e 116 (Lei 5.108/66) que as autuações por infração de trânsito eram "julgadas" pela autoridade competente para "aplicação" de penalidade. Dessa decisão era cabível recurso, no prazo de trinta dias, à Junta Administrativa de Recursos de Infrações (Jari), sem efeito suspensivo, e, por conseguinte, havia depósito do valor da multa, quando fosse o caso. Uma vez não julgado, por motivo de força maior, no prazo de trinta dias, a autoridade competente para fazê-lo podia, de ofício, ou a pedido, agregar efeito suspensivo ao recurso. Iguais normas dispunham os arts. 112 a 116 do Regulamento aprovado pelo Decreto 62.127/68.

Deveras, o Contran, consolidando e unificando diversos regramentos administrativos, valendo-se de atribuições legais, editou a Resolução 568/80, que disciplinou, pormenorizadamente, o procedimento a respeito das autuações de trânsito, estabelecendo no art. 2º: "Com o recebimento do Auto de Infração, o interessado poderá, no prazo de 30 dias, apresentar defesa prévia à autoridade de trânsito, antes de aplicação da penalidade."

O Contran resolveu assim dispor porquanto os tribunais do País anulavam constantemente as sanções por violação ao direito assegurado ao acusado de, antes do julgamento, conceder-se-lhe a oportunidade de se defender. Advirta-se que essa concessão era deferida, quando, em regra, admitia-se a dispensa de defesa nos casos de falta provada, envolvendo infrações leves, como, por exemplo, advertência verbal. Hoje, como de sabença, em face do art. 5º, LV, da CF, até para essa categoria, exige-se a concessão de defesa, quando houver anotação na ficha funcional. Com muito mais razão, portanto, quando envolver autuação no trânsito, com imposição de pena, seja ou não de natureza patrimonial.

Nesse seguimento, dispõe o artigo 280 do CTB (Lei 9.503/97) que, ocorrendo fato típico, lavrar-se-á auto de infração, contendo, dentre outros

requisitos e informações, a identificação do órgão ou entidade e da autoridade, ou do agente autuador, ou do equipamento do órgão ou entidade e da autoridade, ou do agente autuador, ou do equipamento que comprovar a infração (inc. V), bem assim a assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração (inc. VI).

Forçoso reconhecer que persistiu a distinção entre autoridade de trânsito e agente de trânsito ou agente autuador, subsistindo as hipóteses de autuação em flagrante e a distância.

Na autuação em flagrante, vale como notificação do cometimento da infração aquela realizada *in faciem*. Mas de toda sorte "o infrator é notificado do auto de infração, e não da penalidade".

Destarte, não sendo possível a autuação em flagrante, como ocorre de ordinário, máxime, por força da instalação de sistemas eletrônicos de fiscalização vulgarmente conhecidos como "pardais", o § 3º do mesmo dispositivo esclarece que o agente autuador ou agente de trânsito relata a impossibilidade no auto de infração, com os requisitos necessários ao procedimento previsto no artigo seguinte, isto é, o do art. 281.

Isto significa dizer que o rito do artigo 281 é obrigatório para todo auto de infração, independentemente de ter sido lavrado em flagrante ou a distância.

Esse dispositivo, o art. 281, por seu turno, dispõe que a autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida pelo Código e dentro da sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível, prevendo o parágrafo único as hipóteses de arquivamento do auto de infração, a saber: a) se considerado inconsistente ou irregular (inc. I); e b) se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação (inc. II).

Do exposto conclui-se que a "aplicação da penalidade" é ato de competência privativa da autoridade de trânsito; excluída a atribuição do agente de trânsito para esse fim.

Outrossim, nada obsta a que a autoridade de trânsito proceda de ofício, desde que seja para favorecer o autuado, como, v.g.: em contato com o auto de infração, verifica algum vício formal como, por exemplo, não estar a mesma tipificada ou não constar o local, data e horário do cometimento (art. 280, I e II), tornando a peça irregular, ou, ainda, constatar que já decorreu o prazo decadencial de trinta dias para notificar.

Considere-se, por fim, que, como o inc. II do parágrafo único aduz à notificação da autuação, e não da penalidade aplicada, resta evidente que esse dispositivo é específico para as situações de não-flagrante, uma vez que para as autuações em flagrante vigora o inc. VI do art. 280, que se refere à assinatura do infrator, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

À luz do que até agora se expendeu, imperioso concluir que, se não for caso de arquivamento sumário, é imprescindível a notificação do infrator antes de a autoridade de trânsito aplicar qualquer penalidade, assim como o era no regime da legislação anterior.

Isso significa dizer que, na essência, nada mudou.

Assim sendo, em princípio, a Resolução 568/80, que estabelece a chamada defesa prévia, foi recepcionada pelo atual CTB, conforme estabelece o art. 314, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Last, but not least, assente-se que não há na legislação vigente qualquer regra que torne incompatível com o seu regime a contestação do autuado antes do julgamento administrativo de primeiro grau. Aliás, houvesse algum dispositivo impedindo a defesa no referido estágio procedimental, esbarraria na garantia do art. 5º, LV, da CF.

Ao revés, o diploma, em duas oportunidades, afeiçoa-se ao princípio da defesa prévia. A primeira é a do art. 257, § 7º, nos casos em que a identificação do infrator não é imediata e a notificação é endereçada diretamente ao proprietário. Não sendo ele o infrator, dispõe do prazo de quinze dias, contados a partir da notificação da autuação, ou seja, daquela de que trata o art. 281, parágrafo único, II, para dizer quem é, sob pena de responder pessoalmente. Ressalta neste ponto cristalina a hipótese de defesa antes do julgamento de primeira instância. Outro exemplo é o do art. 265, que enuncia que as penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação devem ser aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.

Ora, se o Código concede o direito de defesa naquelas situações em que o procedimento não tem por objeto impor multa, não transpõe os lindes da razoabilidade entender que a garantia da defesa não se aplique aos demais casos. Aliás, entender de outro modo beira a ilogicidade posto serem todas

penalidades previstas no art. 256. Como admitir defesa para algumas e para outras não?

Por outro lado, sendo a Jari um órgão recursal, como diz o próprio nome, revela-se evidente que o momento adequado para o exercício do direito de defesa é aquele que antecede o julgamento pela autoridade de trânsito. Não se pode imaginar que o legislador tenha querido dizer que o direito de defesa se opera tão-só pelo direito de recorrer.

Ressalte-se, por fim, que o cumprimento do devido processo legal, antes de conspirar contra os interesses das autoridades de trânsito, legitima-lhes a atuação, evitando que, açodadamente, abocanhem valores que, da forma como obtidos, serão inexoravelmente restituídos, mais cedo ou mais tarde, pela ilegalidade como foram arrecadados.

Não obstante, nesses casos de impugnação judicial de restituição ou nulificação da multa, cai por terra o caráter exemplar da inflação das sanções, desmoralizando o Poder Público, e o que é pior: dando ensejo a que motoristas irresponsáveis persistam na trilha da inconsequência, motivados, implicitamente, pela deletéria sensação de impunidade.

Neste sentido, o REsp nº 426.084/RJ, deste Relator, julgado à unanimidade pela Primeira Turma do STJ e publicado no DJ de 02.12.2002, cuja ementa merece transcrição:

Administrativo. Infração de trânsito. Penalidade. Prévia notificação. Ampla defesa e contraditório. Aplicação analógica da Súmula 127/STJ. O Código de Trânsito impôs mais de uma notificação para consolidar a multa. Afirmação das garantias pétreas constitucionais no procedimento administrativo.

- 1. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) prevê duas notificações a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado se concede a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

- 2. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

- 3. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as identificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do *iter* procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

- 4. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que *in casu* se opera pelas notificações apontadas no CTB.

- 5. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração se segue a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta a distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (arts. 2º e 1º, respectivamente, do Contran).

- 6. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282 do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290 do CTB.

- 7. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

- 8. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do eg. STJ e com a do eg. STF, as quais, malgrado admitam à Administração anular os seus atos, impõem-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercuta no patrimônio do administrado.

- 9. No mesmo sentido é a *ratio essendi* da Súmula 127 do STJ, que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

- 10. Recurso especial desprovido.

Por esses fundamentos, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUINTE DO IPTU - CONTRAPRESTAÇÃO DO ESTADO AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - CONCEITOS DE CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR - EQUIPARAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE IN CASU

- 1. Os impostos, diversamente das taxas, têm como nota característica sua desvinculação a qualquer atividade estatal específica em benefício do contribuinte.
- 2. Consectariamente, o Estado não pode ser coagido à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos, quer em virtude da natureza desta espécie tributária, quer em função da autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas.
- 3. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontradiço nas relações de consumo.
- 4. O Estado no exercício do *jus imperii*, que encerra o Poder Tributário, subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor. Sob esse ângulo, o CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis*, que é o CDC.
- 5. Recurso especial desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 478.958-PR - Ministro LUIZ FUX

Recorrentes: D'Villa Real Participações Ltda. e outros. Advogados: Mauri José Roika e outros. Recorrido: Município de Pontal do Paraná. Procuradores: Daniel Gilberto Lemos Pereira e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília-DF, 24 de junho de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Presidente e Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 17 de junho de 2003. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no DJU de 04.08.2003.)

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto por D'Villa Real Participações Ltda., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

Ação de obrigação de fazer - Pedido que visa à realização de obras em decorrência do pagamento do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana-IPTU - Tributo não vinculado - Pedido juridicamente possível - Mérito - Inexistência de vinculação entre o recolhimento do tributo e a realização de qualquer obra visando ao melhoramento da propriedade de contribuinte específico - Contraprestação inexistível pelo contribuinte - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Impossibilidade - Inexistência de relação de consumo - Sentença Correta - Recurso improvido (fls. 466).

Aduz a recorrente malferimento ao disposto no art. 32 do Código Tributário Nacional e nos arts. 3º, 6º e 22 do Código de Defesa do Consumidor. Afirma, ainda, a existência de dissídio pretoriano, trazendo à colação acórdão proferido no REsp 169.924-RS.

Contra-arrazoado, o recurso mereceu crivo positivo de admissibilidade (despacho, fls. 539/542).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Trata-se de ação de obrigação de fazer, ajuizada pelo ora recorrente, pretendendo compelir a Municipalidade-recorrida a prestar os serviços elencados no art. 32, § 1º, incisos I a V, do Código Tributário Nacional.

Fundamenta sua pretensão no fato de ser detentora do domínio útil de uma gleba de terras localizada no Município de Paranaguá, dentro dos limites considerados faixa de marinha. Afirma ser contribuinte do IPTU, exação que vem adimplindo com regularidade, e que tal cobrança enseja, para o Município, a obrigação de prestar a contrapartida no que respeita à prestação de serviços públicos. Alicerça seu pleito no Código de Defesa do Consumidor, porquanto este diploma legal permite o enquadramento de pessoa jurídica de direito público no conceito de fornecedor.

O pedido foi julgado improcedente pelo MM. Juiz monocrático, o que ensejou a interposição de apelação, desprovida nos termos da ementa supratranscrita.

Preliminarmente, cumpre asseverar que os dispositivos invocados pela recorrente foram devidamente questionados, o que viabiliza a abertura da instância especial, pela alínea a.

No que pertine à alegada divergência jurisprudencial, verifica-se sua inexistência, *in casu*, porquanto os acórdãos postos em confronto não guardam entre si similitude fática a ensejar o trânsito da irrisignação pela letra c. Com efeito, uma leitura atenta dos autos revela que a questão *in casu* se situa na possibilidade de o contribuinte do IPTU voltar-se contra o Município, visando a compeli-lo à prestação de serviços públicos, lastreando sua pretensão no Código de Defesa do Consumidor. O acórdão apontado como paradigma revela demanda acerca da possibilidade de alteração do Código Tributário Nacional

por via de decreto-lei, no que toca à incidência do IPTU. Sob esse ângulo, afigura-se inviável o conhecimento do inconformismo pela alínea c.

No mérito, a pretensão da recorrente não merece acolhimento.

Conforme dispõe o Código Tributário Nacional, art. 16:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

A nota característica desta espécie tributária é a sua desvinculação a qualquer atividade estatal. ALIOMAR BALEIRO, lecionando acerca do tema, pontua que:

O imposto difere da taxa, conceituada no art. 77 do CTN e no art. 18, I, da CF, porque independe de qualquer prestação estatal específica ao contribuinte ou por ele provocada. A atividade específica, atual ou potencial, solicitada ou provocada pelo contribuinte, dá a tônica da taxa. Do mesmo modo, a contribuição de melhoria indeniza uma valoração efetiva recebida em imóvel de contribuinte por efeito de obra pública no local (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., p. 120, Forense).

Deveras, não há como se compeli o Estado à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos. Essa assertiva encontra sustentáculo em dois fundamentos: a ausência de vinculação dos impostos a uma atividade estatal específica, dada sua natureza e por expressa disposição legal (art. 16 do CTN, supracitado); e a impossibilidade de ingerência do particular na autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas.

Na mesma esteira, o Professor SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

Os tributos são instituídos e logo cobrados porque um fato do contribuinte, indicador da capacidade econômica, independentemente de qualquer atuação estatal a ele referida, é tomado como fato gerador do tributo ou, ao contrário, porque uma atuação do Estado, específica, especial, referida ao contribuinte, é eleita como fato gerador deste. Assim sendo, se o legislador escolher a renda ou a propriedade de imóveis rurais ou urbanos para ser o fato gerador do tributo (melhor seria dizer fato jurídico), temos um tributo desvinculado de qualquer atuação estatal, específica, especial, referida à pessoa do contribuinte, titular de renda ou da propriedade. Estes fatos, renda e patrimônio imobiliário,

são escolhidos pelo legislador porque representam signos presuntivos da capacidade contributiva das pessoas físicas e jurídicas, as quais, por isso mesmo, devem contribuir para manter o Estado e suas funções, em prol da sociedade toda. A este tipo de tributo, a esta espécie tributária, baseada na capacidade econômica do contribuinte-pagante, tanto a escola tricotômica quanto a dicotômica chamaram e chamam de imposto (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed., p. 398, Forense).

Com efeito, não há que se falar em prestação sinatagmática quando se trafega na seara do imposto. Desta forma, não há amparo legal à pretensão do contribuinte do IPTU quanto a obrigar o Estado a fornecer contraprestação pelo adimplemento desta obrigação tributária.

Afigura-se, ainda, inviável a equiparação do contribuinte ao consumidor, conceitos afins, porém diversos. É certo que o Código de Defesa do Consumidor alberga a possibilidade de imputar ao fornecedor determinadas obrigações, enquadrando a pessoa jurídica de direito público a este conceito. É estreme de dúvida que a pessoa jurídica, mesmo a de direito público, pode figurar em uma relação de consumo, na qualidade de fornecedor, tal quando presta serviços de educação, de saúde, postais, etc. Esse fato, contudo, em nada influencia a improcedência do pedido estampado na presente lide, no sentido de coagir o Estado a realizar determinados serviços em benefício de um contribuinte específico, em decorrência de cumprimento de obrigação tributária *ex lege*. Nesta hipótese não há relação de consumo. Há o exercício do poder tributário de cobrar do indivíduo, em função de sua capacidade contributiva,

determinado tributo, cuja feição legal o desvincula de qualquer contraprestação.

Não há amparo ao pleito sob exame. A insurgência contra a cobrança de tributos trafega em via própria, que não a eleita pelo recorrente.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

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 Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 24 de junho de 2003. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no DJU de 04.08.2003)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO - JÚRI - TESTEMUNHA RESIDENTE FORA DA COMARCA - CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE

- 1. A testemunha residente fora da Comarca, ainda que arrolada com cláusula de imprescindibilidade, não está obrigada a comparecer ao Tribunal do Júri para depor. É-lhe facultado apresentar-se espontaneamente em plenário ou ser ouvida por meio de carta precatória, caso requerida na fase processual própria.

- 2. O preceito contido no art. 455 do Código de Processo Penal não excepciona a regra estatuída no seu art. 222.

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 82.281-9-SP - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

Paciente: Marcos Vinícius Camilo Linhares. Impetrantes: Hélio Bialski e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus* e cassar a medida liminar anteriormente concedida.

Brasília-DF, 26 de novembro de 2002. - *Celso de Mello* - Presidente. - *Maurício Corrêa* - Relator.

Relatório

O Sr. Ministro *Maurício Corrêa* - O paciente foi pronunciado em 13.10.95 como incurso no art. 121, § 2º, incisos III, IV e V, c/c o art. 29 do Código Penal, pela prática de três homicídios qualificados (fls. 66/67).

2. Em 08 de novembro de 2000, teve início a sessão do Júri durante a qual a defesa requereu ao Presidente a juntada de certidão expedida pelo Cartório da 1ª Vara de Atibaia atestando que o julgamento havia sido designado para o dia 11 subsequente. Requereu, por isso, que fosse suspenso o ato e marcada nova data, visto que a incerteza quanto ao dia da sua efetiva realização acarretava prejuízo ao paciente.

3. O Juiz indeferiu o pleito ao constatar que a mencionada certidão datava de 02 de setembro de 2000 e não estava autenticada. Asseverou Sua

Excelência que o advogado providenciara a juntada com manifesto intuito protelatório, já que resta "... inequívoco nos autos, através de diversas diligências, com intimações e requisições dos réus, além de publicação pela Imprensa Oficial..." que o Júri seria realizado no dia 08.11.00 (fls. 117/118).

4. Inconformado, o defensor do réu solicitou fosse reconsiderada a decisão, deixando expresso que sairia do plenário em caso de não-atendimento do pedido. O Presidente do Júri o advertiu de que o abandono do processo configuraria violação do art. 265 do CPP ("Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo, senão por motivo imperioso, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis. Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.") Mantido o indeferimento, fez consignar protesto em ata, retirando-se a seguir. Em virtude do incidente foi cancelada a sessão, designando-se defensor dativo para o encargo, ao qual se deu ciência da nova data de julgamento, bem como ao próprio advogado da causa (fls. 117/120).

5. Alegam os impetrantes que, "... em razão de cerceamento de defesa ocorrido na ocasião do plenário do Júri, pela ausência de suas testemunhas, arroladas em caráter de imprescindibilidade, em especial a testemunha que é também Juiz de Direito, Carlos de Barros Nogueira, testemunha presencial dos fatos, a defesa não concordou com a realização do julgamento" ... "todavia o magistrado indeferiu o pedido de adiamento e, pior, destituiu a defesa constituída, nomeando-lhe advogado dativo" (fls. 3/4).

6. Contra esse ato foram impetrados mandado de segurança e *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, ambos visando ao depoimento, na sessão do Júri, de testemunha imprescindível. A Corte estadual indeferiu a segurança e julgou prejudicado o *writ* (fls. 173/176 e 179/180).

7. A questão foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo a ementa do acórdão o seguinte teor:

Processual Penal. Tribunal do Júri. Testemunha residente noutra comarca. Inquirição por precatória. CPP, art. 222.

- Segundo a moldura do art. 222, do Código de Processo Penal, a testemunha que reside fora da jurisdição do Juiz será inquirida por carta precatória, não dispondo nosso ordenamento jurídico de qualquer preceito que determine o comparecimento à sessão do Tribunal do Júri de testemunha residente noutra comarca.

- *Habeas corpus* denegado (fl. 185).

8. Dessa decisão os impetrantes interpõem a presente ordem, sob o argumento de que "... há sim, em nosso ordenamento, preceito que determine o comparecimento pretendido e este reside nos artigos 455 e 468 do nosso Código de Processo Penal". Portanto, "... se assim não se reconhecer, far-se-á tábula rasa do teor do artigo 455 da Lei Adjetiva por que referida testemunha, arrolada para oitiva em plenário, não comparecera e, pior, sequer fora determinada a colheita de seu depoimento, mesmo que através de expedição de carta precatória..." (fls. 4/5).

9. Aduzem que, na verdade, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha assentado que o Presidente do Júri facultou a condução da citada testemunha ao plenário, esse atitude constitui disfarçada negativa do direito do paciente, uma vez que a defesa não tem condições de compeli-la a comparecer em razão do cargo que exerce, além do fato de ser convidada e de que sequer fora consultada para dizer se iria ou não à sessão.

10. Sustentam, ainda, que as testemunhas de acusação (CPP, art. 417, § 2º) e de defesa (CPP, art. 421, parágrafo único) residentes em outras comarcas devem ser ouvidas em plenário, o que é corroborado pelos arts. 467 e 468 do Código de Processo Penal (fl. 15).

11. Requerem a concessão de liminar para sobrestar o julgamento no Tribunal do Júri até a decisão definitiva do *writ*. No mérito, postulam o seu deferimento.

12. Deferi o pedido liminar para que não se realizasse o julgamento do paciente até a decisão final deste *habeas corpus* (fls. 201/202).

13. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opina pelo indeferimento da ordem (fls. 213/220).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Mauricio Corrêa (Relator) - Embora a impetração tenha mencionado outros fatos (veja-se à fl. 120 que o juiz, ao nomear defensor para o paciente, em razão de ter o seu defensor abandonado o recinto do Júri, não destituiu a defesa então constituída, mas sim a intimou do julgamento designado para 28.11.00) que se fundam em matéria probatória e já foram resolvidos, alegam os impetrantes que o objetivo deste *writ* é

... única e tão-somente para que seja assegurado ao ora paciente o direito de ver presente no julgamento a ser designado a testemunha arrolada em caráter de imprescindibilidade, que é essencial a sua tese exculpatória, porque presente aos fatos investigados e de sobremaneira importância, tratando-se de Juiz de Direito, sendo impossível que a defesa possa conduzi-lo ao Júri, até pela função que exerce, independente de intimação (fl. 18).

2. Relativamente às testemunhas arroladas pela defesa, transcrevo, no ponto, a decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Atibaia, em 20 de outubro de 2000:

Marcos Vinicius Camilo Linhares pleiteia, às fls. 3.914/3.917, a intimação das testemunhas arroladas residentes fora da Comarca.

A questão já se encontra de há muito decidida, conforme despachos de fls. 3.573 (de 28.6.99) e de fls. 3.656 (de 17.8.99), contra o qual até o presente momento não se insurgira a Defesa, fazendo-o somente agora, tardiamente, às vésperas do julgamento, quando a rigor sequer havia tempo hábil para tal diligência, se fosse cabível.

Não se desconhecendo respeitáveis entendimentos contrários, inviável acolher a pretensão da douda defesa.

O fato é que o art. 222 do Código de Processo Penal assegura a qualquer pessoa o direito de ser inquirida pelo juiz no local de sua residência, não havendo exceção a essa regra.

A intimação emanada do Poder Judiciário obriga o intimado a cumprir o chamamento, o que constituiria no caso verdadeiro constrangimento para a testemunha.

Ademais, seu não-comparecimento nenhuma consequência acarretaria.

A se acolher o requerimento defensivo, estar-se-ia criando uma situação inusitada, introduzindo na produção da prova um fator aleatório - a menor ou maior disposição da testemunha em se deslocar para depor, conforme distância de sua residência, seus meios de transporte, sua relação com as partes, seu temor em relação ao Poder Judiciário, etc.

3. Sobre o tema, colaciona vasta jurisprudência, inclusive desta Corte, segundo a qual não constitui cerceamento de defesa a negativa de oitiva, na sessão do Júri, de testemunhas que residam fora da respectiva comarca (fls. 100/101).

(Cerceamento de defesa - Inexistência - Pretendida intimação de testemunhas residentes fora da comarca para depor no Plenário do Júri - Inadmissibilidade - Indeferimento - STF - RT, 561/427.

Júri - Nulidade - Indeferimento da intimação por precatória de testemunhas residentes fora da comarca, para depor em plenário - Preliminar repelida - Inteligência do art. 222 do CPP (Ement. - RT, 558/312).

Prova criminal - Testemunha - Oitiva no plenário do Júri - Indeferimento - Residência em outra comarca - Comparecimento não obrigatório - Oitiva, no entanto, deferida desde que a parte se comprometa a trazer a testemunha - Cerceamento de defesa inóceno - Pedido indeferido (JTJ, 126/569)

Prova - Testemunha residente fora da comarca - Oitiva mediante carta precatória ou comparecimento espontâneo - Indeferimento de pedido de intimação para comparecimento em plenário do Júri que, portanto, não constitui cerceamento de defesa - Inteligência do art. 222 do CPP - TJSP - RT, 657/278).

4. Atento à afirmativa de que há muito tempo a questão fora decidida e verificando que os despachos (de fls. 3.573, de 28.06.99, e de fls. 3.656, de 17.08.99) referidos pelo Magistrado não constavam dos autos, requisitei-os ao juízo de origem.

Consultemos o seu teor:

Fls. 3.652: Indefiro, pois o rol de testemunhas deve ser apresentado na contrariedade ao libelo, não se justificando sua juntada às vésperas do julgamento.

Fls. 3.653: Intime-se a testemunha da terra no endereço indicado, com urgência.

Quanto à testemunha residente fora da Comarca, descabia sua intimação, eis que não obrigada a se deslocar, conforme já fora decidido nestes autos. (...).

(...) Anoto que as testemunhas residentes fora da comarca poderão comparecer independente de intimação, cabendo às partes as providências necessárias neste sentido. (...).

5. Como visto, resulta claro que a defesa insistiu no depoimento, em plenário, da testemunha residente em comarca diversa e arrolou outros que não constaram da contrariedade ao libelo, quando já descabida essa providência (CPP, art. 421, parágrafo único).

(Art. 421. (...) Parágrafo único. Ao oferecer contrariedade, o defensor poderá apresentar o rol de testemunhas que devam depor no plenário até o máximo de cinco, juntar documentos e requerer diligências.)

6. Resta agora saber se a testemunha arrolada como imprescindível constou ou não da contrariedade ao libelo. Se afirmativo, cabe decidir se ela deve ser ouvida no Tribunal do Júri apesar de residir fora da comarca.

7. De fato. Dessa peça, também remetida por fax, constam como arroladas, além do juiz de direito, quatro outras testemunhas tidas como imprescindíveis.

8. Situemos a questão.

9. O art. 222 do CPP (Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se para este fim carta precatória com prazo razoável, intimadas as partes.) preceitua que o depoimento de testemunha residente fora da jurisdição da causa deve ser tomado através de carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. Evidente, desse modo, que o seu comparecimento não é obrigatório. Como bem observou o Ministro Cordeiro Guerra em seu voto proferido no RHC 59.717, DJ de 14.05.82,

... O direito de defesa há de exercer-se na forma processual prevista em lei, e esta não determina a intimação de testemunhas residentes em outra Comarca, para que compareçam ao Plenário do Júri, à sua custa... Nada impedia que antes, ou por ocasião da contrariedade ao libelo, requeresse o réu a audiência das testemunhas por precatória, como manda a lei. Se não o fez, não pode arguir cerceamento de defesa, que teria provocado, por desatender à forma própria para ouvir testemunhas residentes fora da Comarca (cf. HHCC 79.446, relatado por mim, DJ de 1º.06.01, e 81.578, Neri da Silveira, DJ de 08.03.02, e RHC 66.388, Célio Borja, DJ de 05.08.88).

10. Tem-se, pois, que a testemunha residente fora da comarca, ainda que imprescindível, não pode ser intimada para comparecer ao Tribunal do Júri, sujeitando-se apenas a oitiva mediante precatória.

11. A interpretação do § 2º do art. 417 c/c o art. 455 do Código de Processo Penal não autoriza a conclusão, como querem os impetrantes, de que qualquer testemunha deve ser ouvida em plenário, já que somente as residentes na comarca do Júri têm a obrigação de comparecer pessoalmente. Segundo MIRABETE, "... não se tem admitido arrolamento de testemunhas de fora de sua comarca para serem ouvidas. Nada impede, porém, que sejam elas arroladas com o compromisso de comparecerem ao julgamento". Mais adiante, especificamente sobre a testemunha imprescindível, diz o renomado jurista que "... se a parte considerar seu depoimento imprescindível, poderá requerer, como diligência preparatória, seja ela ouvida na forma de justificação" (*Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 5ª ed., p. 563).

12. Ora, se não é obrigatório o comparecimento da testemunha de acusação residente em comarca diversa, ainda que arrolada com a cláusula de imprescindibilidade, não há como exigir, pelo mesmo fundamento, a presença em plenário da testemunha de defesa de que cuida o parágrafo único do art. 421 do CPP.

13. Os arts. 467 e 468 desse diploma processual, também invocados como fundamento da argumentação deduzida, dispõem sobre a ordem de inquirição das testemunhas de acusação e de defesa. Evidentemente, referem-se àqueles presentes ao julgamento, visto que para a inquirição das residentes noutra comarca deve ser expedida carta precatória, por força do art. 222 da Lei Adjetiva, independentemente de não terem sido arroladas como imprescindíveis.

14. Claro que a regra do art. 222 não pode ser excepcionada pelos arts. 417, § 2º; 421, parágrafo único; 455, 467 e 468 do Código de Processo Penal. Se assim pretendesse, o legislador teria disposto que as testemunhas residentes em outra comarca devem ser ouvidas por carta precatória, salvo se arroladas como imprescindíveis.

15. Note-se que, tratando-se de testemunhas que é juiz de direito, caso requerida a expedição de carta precatória, teria ele apenas a prerrogativa prevista no art. 33, I, da LC 35 (Art. 33. São prerrogativas do magistrado: I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autori-

dade ou juiz de instância igual ou inferior.), a ser observada pelo magistrado deprecado, e nada mais.

16. Saliente-se que, no caso de ser imprescindível o comparecimento de testemunha residente fora da comarca à sessão do Júri, a autoridade judiciária facultar-lhe-á, independente do cargo que ocupa, a apresentação espontânea ou a oitiva por meio de carta precatória, se requerida. Não tem consistência, por isso mesmo, o argumento de que o Juiz não consultou o seu colega para saber se ele estaria ou não disposto a comparecer ao plenário para depor, visto que esse ônus é da parte. Enfatize-se, ademais, que, não tendo sido requerida a expedição de carta precatória no momento próprio, incabível a alegação de constrangimento ilegal.

17. A prevalecer a tese ora deduzida, estar-se-á criando regra processual absurda, por introduzir circunstância de difícil e imponderável concretização num País de dimensões continentais como o nosso, consistente na possibilidade de a testemunha deslocar-se de uma para outra unidade da Federação ou de uma para outra comarca no mesmo Estado para depor, segundo sua disponibilidade econômica. Imagine-se uma pessoa sem recursos que presenciou um assassinato na Ilha de Fernando de Noronha e que reside em Brasília. O Estado cobriria os seus custos com viagem, permanência, alimentação, etc.? Mesmo que tenha condições de bancar essas despesas, deve suportá-las sem que isso constitua constrangimento ilegal ou comprometimento de seu patrimônio? Claro que não!

18. Seguindo essa mesma trilha, HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (*Júri, Procedimentos e Aspectos do Julgamento*, 8ª ed., Malheiros, p. 131/132), apenas para citar essa doutrina, após tecer considerações sobre os custos e outros inconvenientes que seriam gerados caso prevalecesse a obrigatoriedade do depoimento da testemunha residente fora da comarca do Júri, pondera:

Ao juiz-presidente compete, então, obstar adiantamentos quando insegura a obtenção da prova testemunhal, mesmo que pretendida com a declaração de não prescindir (art. 455) a parte do depoimento, não interessando à melhor distribuição da Justiça a cobertura a protelações que, violando regras de processo e ferindo princípios de lealdade das partes, cause um injusto prolongamento das expectativas do réu, preso ou solto, ou levem para ele vantagens injustas (prescrição pretendida etc.).

19. A propósito, devo registrar que os fatos ocorreram em 1993, há 11 (onze) anos portanto. Contudo, em face de vários incidentes e expedientes

suscitados e resolvidos ao longo da instrução, até hoje não foi possível a realização do julgamento popular. Com exceção de pedido de desaforamento (fls. 75/82) formulado em 10.09.99 e julgado em 05.06.00 (fls. 84/89), que em princípio explica o atraso em sua efetivação, evidentemente que essa longa espera jamais interessaria ao Juiz-Presidente do Júri, ao Ministério Público ou à própria sociedade.

20. Apenas para se ter idéia da pronúncia, o paciente e os co-réus foram denunciados em 15.09.93 por triplo homicídio qualificado. Extrai-se da acusação que o motivo dos crimes foi o de evitar que as vítimas, então reclusas na penitenciária local, revelassem ao Juiz Corregedor dos Presídios, por ocasião de audiência designada para esse fim, que outros presos em regime integralmente fechado foram recambiados para a delegacia de polícia onde o paciente exercia a função de delegado e lá tinham tratamento privilegiado, o que provocou, inclusive, princípio de rebelião no presídio. Para impedir que essa irregularidade chegasse aos ouvidos do Corregedor, o paciente teria retirado as vítimas da penitenciária e as levado para a delegacia, onde foram assassinadas com requintes de crueldade.

21. Finalmente, assinalo que nos autos não há base fática para comprovar que o juiz arrolado como testemunha presenciou os fatos, como dizem os impetrantes (fl. 18). Nada comprova essa afirmação. Ao contrário, consta do despacho do Juiz da comarca que "... o seu não-comparecimento nenhuma consequência acarretaria...", o que reforça a presunção de não se tratar de testemunha presencial (fl. 100).

22. Esta Corte vive de temporadas de teses.

No momento, estamos na estação da testemunha imprescindível. O Tribunal precisa e certamente estará atento para que essa útil prerrogativa processual, construída em favor da apuração da verdade real, não se converta em perigoso instrumento de aviltamento do instituto.

Antes essas circunstâncias, indefiro a ordem e casso, em consequência, a liminar deferida às fls. 201/202.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, indefiniu o pedido de *habeas corpus* e cassou a medida liminar anteriormente concedida. Falou, pelo paciente, o Dr. Daniel Bialski e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. João Batista de Almeida. Ausente, justificadamente, neste julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim. 2ª Turma, 26.11.2002.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no DJU de 1º.08.2003.)

HABEAS CORPUS - DIREITO CONSTITUCIONAL - PROCESSO PENAL - INCOMPETÊNCIA DO STF PARA PROCESSAR E JULGAR HC DE DECISÃO ORIUNDA DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

- O *habeas* foi impetrado perante o TJMG contra decisão de Juiz de Direito com jurisdição no Juizado Especial de Guapé/MG.

- O Desembargador Relator no TJMG declinou da competência para a Turma Recursal de Passos/MG.

- Esta declinou da competência para este Tribunal, porque o seu Regimento Interno não prevê a competência para julgar *habeas corpus*.

- Compete a este Tribunal, originariamente, processar e julgar *habeas corpus* contra decisão denegatória de similar, proferida por Turmas Recursais de Juizados Especiais Criminais (CF, 102, I, f). Precedentes.

- O fato de o Regimento Interno da Turma Recursal de Passos/MG não incluir o *habeas corpus* em sua competência não faz com que a mesma se desloque para este Tribunal.

- Há previsão constitucional no sentido de que a competência para examinar os recursos das decisões emanadas pelos Juizados Especiais é das Turmas Recursais (CF, art. 98, I).

- A lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais regulamentou a competência das Turmas Criminais para julgar os recursos interpostos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 41, §§ 1º e 2º).

- Reconhecida a incompetência deste Tribunal para conhecer e examinar o presente writ.

- Habeas não conhecido.

HABEAS CORPUS Nº 82.718-7-MG - Relator: Ministro NELSON JOBIM

Paciente: Rosângela Maria Alves. Impetrante: Promotor de Justiça da Comarca de Guapé. Coatora: Turma Recursal de Passos.

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, à unanimidade de votos, em não conhecer do habeas e devolvê-lo para a Turma Recursal da Comarca de Passos/MG.

Brasília-DF, 03 de junho de 2003.- Celso de Mello - Presidente. - Nelson Jobim - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Relator) - Em 25 de outubro de 2001, no Juizado Especial Criminal da Comarca de Guapé/MG, instaurou-se Termo Circunstanciado de Ocorrência-TCO nº 0874, em desfavor da paciente, por lesão corporal de natureza leve, com emprego de uma faca contra seu marido (CP, art. 129, caput.: "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção de três meses a um ano." - fls. 04/11).

A vítima manifestou expresso desinteresse em representar contra a paciente (fls. 03 e 06).

Em face disso, o Ministério Público requereu a extinção e o arquivamento do feito (fls. 13-v.).

O Juiz de Direito entendeu que o caso caracterizava a contravenção de porte ilegal de arma (LCP, art. 19 - fls. 36-v.).

Designou data para realização da audiência preliminar de transação (fls. 03 e 36-v.).

Inconformado, o Promotor de Justiça impetrou habeas perante o TJMG (fls. 02 e segs.).

O Juiz de Direito plantonista manifestou-se favorável à posição do Ministério Público.

Está nas informações:

(...)

1 - A audiência preliminar foi designada pelo Juiz titular da Comarca entendendo que, em tese, a autora teria consumado a contravenção penal prevista no art. 19 da LCP ("Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta sem licença da autoridade: Pena - prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa ou ambas cumulativamente.") (porte ilegal de arma branca em local público).

2 - O (...) MP, diante da ausência de representação e, em se tratando de lesões leves, requereu o arquivamento do procedimento policial instaurado contra a autora.

3 - Diante do pedido de arquivamento e levando-se em conta que, em tese, trata-se de crime de ação penal pública condicionada à representação, não restaria outro caminho senão o deferimento do pedido de arquivamento, ou remessa do procedimento à Procuradoria-Geral de Justiça, para as providências cabíveis...

4 - Igual tratamento deveria ser dado à eventual contravenção penal prevista no art. 19 da LCP, vez que o (...) MP, titular de eventual ação penal envolvendo a contravenção, entendeu tratar-se de fato atípico.

5 - Em sendo assim, com o devido respeito ao nobre Colega titular da Comarca, é de se concluir que a razão está com o impetrante. (...) (fls. 23/24).

A PGJ opinou pelo deferimento do habeas (fls. 38/39).

O Desembargador Relator declinou da competência para a Turma Recursal, por ser a autoridade coatora o Juizado Especial de Guapé/MG (fls. 40).

A Turma Recursal de Passos, por sua vez, declinou da competência para este Tribunal porque o

seu Regimento Interno não contempla o habeas corpus (Regimento Interno, art. 8º ("Compete às Turmas Recursais com exclusividade, processar e julgar: I - o recurso cabível contido no artigo 41 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; II - apelação criminal; III - os embargos de declaração interpostos contra seus acórdãos; IV - as reclamações contra erro material.") e Resolução nº 386/2002; art. 8º ("Compete à Turma Recursal julgar exclusivamente: I - recursos inominados cíveis (art. 41 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995); II - apelações criminais; III - embargos de declaração interpostos contra seus acórdãos; IV - reclamações quanto a erro material.") - fls. 51/52 e 117/122).

A PGR suscitou preliminar de incompetência deste Tribunal.

No mérito, opinou pela concessão da ordem (fls. 115).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Relator) - O habeas foi impetrado perante o Tribunal de Justiça/MG, contra decisão de Juiz de Direito com jurisdição no Juizado Especial de Guapé/MG.

O Desembargador Relator declinou da competência para a Turma Recursal de Passos/MG.

Esta, no entanto, declinou da competência, para este Tribunal, porque seu Regimento Interno não prevê o habeas corpus (Regimento Interno, art. 8º: "Compete às Turmas Recursais com exclusividade, processar e julgar: I - o recurso cabível contido no artigo 41 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; II - apelação criminal; III - os embargos de declaração interpostos contra seus acórdãos; IV - as reclamações contra erro material." - e Resolução nº 386/2002, art. 8º: "Compete à Turma Recursal julgar exclusivamente: I - recursos inominados cíveis (art. 41 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995); II - apelações criminais; III - embargos de declaração interpostos contra seus acórdãos; IV - reclamações quanto a erro material." - fls. 51/52 e 117/122).

Com isso, surgiu a seguinte questão:

O Tribunal terá competência para examinar habeas corpus contra decisão de Juizado Especial Criminal sempre que os Regimentos Internos das respectivas Turmas Recursais não o contemplarem?

Ou deverá o Tribunal firmar o entendimento de que nesses casos omissos a competência é da Turma Recursal, sob pena de incorrer em supressão de instância?

Analisou.

A PGR enfrentou a questão.

Está no parecer:

(...) a Turma Recursal declinou da competência para julgamento do writ para esta Corte Suprema, não por entender ser ela mesma autoridade coatora, mas sim em virtude de nova disposição ... da Instrução nº 1, de 2002, que aprovou o Regimento Interno das Turmas Recursais do Estado de Minas Gerais ...

Evidentemente, equivocou-se a Turma Recursal de Passos ao declinar da competência para o Supremo Tribunal Federal, já que a Corte Suprema não tem competência para julgar HC interposto contra decisão de juiz monocrático, tendo em vista o que dispõe o artigo 102 da Constituição Federal.

Seria o caso, então, de se perquirir: a competência para julgamento do writ seria da própria Turma Recursal, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais ou do Tribunal de Justiça de Minas Gerais?

Acreditamos, assim, que a competência seria da própria Turma Recursal. (...) (fls. 112).

Digo eu.

O Tribunal decidiu que lhe compete, originariamente, o processo e julgamento de habeas contra decisão denegatória de similar, proferida por Turmas Recursais de Juizados Especiais Criminais.

Nesse sentido leio precedente (HC 78.317, Octavio Gallotti):

(...) Subsiste ao advento da Emenda nº 22-99, que deu nova redação ao art. 102, I, I ("Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar originariamente: ... II - o habeas corpus quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.") da Constituição, a competência do Supremo Tribunal para julgar e processar, originariamente, o habeas corpus impetrado contra ato de Turma Recursal de Juizados Especiais estaduais. (...).

Outros precedentes: HC 79.474, HC 79.865 e HC 80.575, Celso de Mello; HC 77.647, Sydney Sanches; HC 76.915, Marco Aurélio.

O fato de o Regimento Interno da Turma Recursal de Passos/MG não incluir o *habeas corpus* entre sua competência não faz com que a mesma se desloque para este Tribunal.

Há previsão constitucional no sentido de que a competência para examinar os recursos das decisões emanadas pelos Juizados Especiais é das Turmas Recursais (CF, art. 98, I: "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais providos por juizes togados ou togados e leigos competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo mediante os procedimentos oral e sumário permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.").

A lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais regulamentou a competência das Turmas Criminais para julgar os recursos interpostos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 41, §§ 1º e 2º: "Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. Parágrafo primeiro. O recurso será julgado por uma turma com-

posta por três juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. § 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.").

Não conheço do *habeas*.

Devolvo-o para a Turma Recursal da Comarca de Passos/MG, a qual declaro ser a competente.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, não conheceu da ação de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, 2ª Turma, 03.06.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no DJU de 27.06.2003.)

CONCURSO PÚBLICO - AGENTE DE POLÍCIA CIVIL - PROVA DE APTIDÃO FÍSICA

- Decisão que não negou a necessidade do exame para o concurso em causa, mas considerou exagerado o critério adotado pela Administração para conferir a tal prova, sem base legal e científica, o caráter eliminatório: inexistência de afronta ao art. 37, I, da Constituição, que assegura que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma de lei" e falta de prequestionamento dos artigos 2º e 5º, *caput*, da Constituição (Súmula 282).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 344.833-1-MA - Relator: Ministro. SEPÚLVEDA PERTENCE

Recorrente: Estado do Maranhão. Advogado: Raimundo Soares de Carvalho. Recorrido: Oziel Pereira Sales. Advogado: Hilton Mendonça Corrêa Filho

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 10 de junho de 2003.- Sepúlveda Pertence - Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Trata-se de RE do Estado do Maranhão interposto de acórdão do TJMA, que concedeu a segurança para permitir ao impetrante o acesso à segunda fase do concurso de Agente de Polícia Civil. Lê-se no voto condutor:

Concedo a segurança considerando-se a inexistência de previsão legal para inserir-se em edital de concurso público teste de aptidão física, com caráter eliminatório, como é o caso dos autos.

Sem embasamento legal, tem-se entendido nesta Corte, conforme ressaltado pelo Órgão Ministerial, que o edital não pode gerar obrigação aos candidatos

ao preenchimento de cargos públicos, especialmente quando a Constituição Federal (art.37, I a IV) prevê ampla acessibilidade a eles.

Como efeito, dessume-se do edital que este criou para os candidatos uma desigualdade tal, que somente os bem dotados fisicamente, lograrão obter êxito.

Apartir disso está o fato de que o exame realizado em momento único desconhece a possibilidade de um ou outro candidato não estar em condições de se submeter à prova na oportunidade.

Mas o que interessa, e resalta dos autos, é que o impetrante não se trata de pessoa inválida para o exercício do cargo: apenas não alcançou um número de pontos que não se sabe como a autoridade administrativa chegou como sendo o mínimo para a aprovação.

É verdade que não se pode afastar o exame de esforço físico do certame para agentes de polícia, mas, por outro lado, revela-se um exagero a eleição de um índice duvidoso, que só os atletas que o obtenham possam continuar competindo.

Na verdade, no exame do caso, conclui-se que não era razoável ao administrador, sem nenhum critério científico, conferir a essa prova o caráter eliminatório, quando se sabe que até para os atletas, acostumados às competições, os locais variam de um para outro, ora incluindo-os, ora excluindo-os dos índices classificatórios dos torneios.

Como visto, ainda que admitida a aptidão física como eliminatória nos concursos para determinadas categorias no serviço público, não o era no caso presente, quer pela ausência de previsão legal, quer por falta de critério científico reconhecido para conferir-lhe a importância que o edital lhe emprestou.

No RE, sob a alegação de ofensa aos arts. 2º, 5º, *caput*, e 37, I, da Constituição Federal, o recorrente sustenta, em suma, que:

a) a exigência de prova de aptidão física foi prevista no edital, com fundamento no art. 8º da Lei Estadual 6.107/94, que remete ao edital as especificações do concurso; b) a aptidão física exigida é compatível com o cargo e o respectivo teste foi aplicado em igualdade de condições dos concorrentes; c) ao eliminar o recorrido do concurso, a Administração não violou o art. 37, I a IV, da Constituição, o que teria ocorrido se, contrariamente, tivesse permitido que continuasse concorrendo em igualdade de condições com aqueles aprovados, com ofensa ao princípio da isonomia contido no art. 5º, *caput*, da Constituição; d) há compatibilidade entre a regra do edital e as Leis Estaduais 6.124/94 (Estatuto do Policial Civil do Estado do Maranhão) e 6.107/94 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Maranhão) e o art. 37, I, da Constituição, como demonstrado no voto vencido; e) ao considerar desproporcional o exame referido, o

Tribunal a quo pronunciou-se sobre o mérito do ato administrativo e violou o princípio da separação dos Poderes compreendido no art. 2º da Constituição.

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) - O artigo 2º da Constituição, cuja ofensa se alega, não foi tratado pelo acórdão, conforme salientado pelo próprio recorrente, não procedendo, porém, seu argumento de que, uma vez configurada a violação a dito dispositivo, dispensável o prequestionamento, porque não exigido no art. 102, III, a, da Constituição: a ausência do prequestionamento constitui óbice intransponível à admissibilidade do RE.

Tampouco cuidou o acórdão do art. 5º, *caput*, da Constituição, carecendo o RE, também nesse ponto, do prequestionamento.

A falta de oposição de embargos de declaração para suprir o requisito quanto aos referidos preceitos, incidem as Súmulas 282 e 356.

No que respeita ao art. 37, I, o acórdão recorrido não negou que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei"; ao contrário, admitiu, expressamente, a garantia constitucional de "ampla acessibilidade" aos cargos públicos, afirmando, no entanto, inexistir, no caso, previsão legal "para inserir-se em edital de concurso público teste de aptidão física, com caráter eliminatório".

Não deixou o Tribunal a quo de reconhecer a necessidade do exame de esforço físico para o concurso em causa; só considerou exagerado o critério adotado pela Administração para conferir a tal prova, sem base legal e científica, o caráter eliminatório, o que não caracteriza afronta ao disposto no art. 37, I, da Constituição, o qual apenas assegura que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma de lei".

De qualquer modo, para se chegar à conclusão do acórdão - no sentido de inexistir exigência legal de prova de aptidão física, com caráter eliminatório - ou para concordar com o argumento do recorrente - de que tanto referida prova quanto o respectivo critério de avaliação decorreram de edital, expedido em conformidade com as Leis Estaduais 6.107/94 (Estatuto dos

Servidores Públicos Civis do Estado do Maranhão) e 6.124/94 (Estatuto do Policial Civil do Estado do Maranhão), assim satisfeita a exigência constitucional de base legal -, haveria necessidade de rever a interpretação dada a essa legislação local em confronto com o edital, o que, além de inviável nos termos da Súmula 280, pressupõe que, se ofensa houvesse ao artigo 37, I, da Constituição, seria indireta ou reflexa, não dando ensejo ao recurso extraordinário.

Como assentado no RE 174.361 (1ª Turma, 9.5.2000, Moreira Alves, DJ de 30.6.2000),

quando a Constituição, em dispositivo seu, remete aos requisitos da lei, o estabelecido nesta não se transforma em norma constitucional para o efeito de se considerar que a má interpretação dela é ofensa direta à própria Constituição.

Não conheço do recurso: é o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MULTA MORATÓRIA - HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - NATUREZA ADMINISTRATIVA DA MULTA MORATÓRIA - INVIABILIDADE DE SUA INCLUSÃO NO CRÉDITO HABILITADO EM FALÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO

- A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.

- A multa fiscal moratória, por qualificar-se como sanção de caráter administrativo, não se inclui no crédito habilitado em falência. A Súmula 565/STF, por revelar-se compatível com a Constituição de 1988, foi por esta recepcionada, subsistindo, em consequência, em sua integralidade. Precedentes.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 431.548-7-MG - Relator: Min. CELSO DE MELLO

Agravante: Estado de Minas Gerais.
Advogado: PGE-MG - Célio Lopes Kalume.
Agravada: Massa Falida de Açobrás Produtos Siderúrgicos S.A. Advogado: Almir Afonso Barbosa.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 27 de maio de 2003. Celso de Mello - Presidente e Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Celso de Mello - (Relator) - Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente inter-

Extrato de ata

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 10.06.2003.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presente à sessão o Ministro Marco Aurélio. Participou da sessão o Ministro Gilmar Mendes, de acordo com o art. 41 do RISTF.

Compareceu à sessão a Ministra Ellen Gracie a fim de retirar de pauta os processos a ela vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte - p/Coordenador.

(Publicano no DJU de 27.06.2003.)

posto, contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora recorrente.

Eis o teor da decisão que, por mim proferida, sofreu a interposição do presente recurso de agravo:

O recurso extraordinário - a que se refere o presente agravo de instrumento - não se mostra processualmente viável, eis que a controvérsia nele suscitada traduz situação configuradora de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.

Com efeito, a suposta ofensa ao texto constitucional, acaso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria - para que se configurasse - a formulação de juízo prévio de legalidade, fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. Não se tratando de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como exigido pela jurisprudência da Corte (RTJ, 120/912, Rel. Min. Sydney Sanches - RTJ, 132/455, Rel. Min. Celso de Mello), torna-se inviável o trânsito do recurso extraordinário.

Cabe enfatizar que o entendimento exposto na presente decisão tem sido observado em julgamentos proferidos no âmbito desta Suprema Corte (AI 189.030-AgR-RS, Rel. Min. Mauricio Corrêa - AI 337.397-RS, Rel. Min. Mauricio Corrêa).

Tributário. Multa moratória. Impossibilidade de habilitação em falência. Art. 23, III, do DL 7.661/45. Alegada ofensa aos arts. 150, § 6º; 151, III; e 5º, XXXVI, da CF/88.

Inconstitucionalidades insuscetíveis de serem demonstradas senão mediante interpretação do dispositivo legal que deu fundamento ao acórdão, vale dizer, por via indireta ou reflexa, que não rende ensejo ao recurso, extraordinário.

Decisão que, de resto, está em consonância com a jurisprudência do STF, consubstanciada na Súmula 565.

Agravo regimental improvido. (AI 175.472-AgR-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão - grifei)

De outro lado, e mesmo que se pudesse superar tal óbice, ainda assim o recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravante revelar-se-ia insuscetível de conhecimento.

É que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária - ao declarar a impossibilidade de se incluir, no crédito habilitado em falência, a multa fiscal com efeito de pena administrativa - ajusta-se à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou no tema em questão (AI 181.054-RS, Rel. Min. Sydney Sanches - AI 181.550-AgR-RS, Rel. Min. Marco Aurélio - AI 197.625-AgR-RS, Rel. Min. Moreira Alves - AI 212.800-AgR-RS, Rel. Min. Nelson Jobim - AI 391.845-RS, Rel. Min. Carlos Velloso - RE 212.162-AgR-RS, Rel. Min. Mauricio Corrêa - RE 254.095-RS, Rel. Min. Néri da Silveira, v.g.).

Sendo de natureza administrativa a multa a que se refere o art. 23, III, da Lei de Falências (Súmula 565 do STF) e não de débito tributário, despicenda, no caso, a invocação, pelo ora agravante, dos artigos 150, § 6º, e 151, III, da Constituição, eis que não se cogita, na espécie, da concessão de isenção ou outro favor fiscal (AI 212.963 - AgR-RS, Rel. Min. Octavio Gallotti - grifei).

Vê-se, portanto, que o recurso extraordinário interposto pela parte agravante não se revela cabível, seja pela ausência de ofensa direta ao texto constitucional, seja pelo fato de o acórdão questionado achar-se em conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se inviável o recurso extraordinário a que ele se refere.

Relator Ministro Celso de Mello.

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o provimento do agravo de instrumento que deduziu (fls. 107/110).

Por não me convencer das razões expostas, submeto à apreciação desta colenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Celso de Mello - (Relator) - Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada se ajusta, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Como se sabe, a situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária.

A multa fiscal moratória, por qualificar-se como sanção de caráter administrativo, não se inclui no crédito habilitado em falência. A Súmula 565/STF, por revelar-se compatível com a Constituição de 1988, foi por esta recepcionada, subsistindo, em consequência, em sua integralidade.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 27.05.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Mauricio Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

(Publicado no DJU de 15.08.2003.)

ÍNDICE NUMÉRICO

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
090.900-2/00	Agravo	Uberaba	Garcia Leão	136
104.016-1/00	Apelação Cível	Uberaba	Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes	306
238.841-1/00	Apelação Cível	Paracatu	Schalcher Ventura	224
239.437-7/00	Ação Rescisória	Belo Horizonte	Célio César Paduani *	285
239.984-8/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Bady Curi	249
243.450-4/00	Apelação Cível	Corinto	Schalcher Ventura	240
248.073-9/00	Emb. de Declaração	Belo Horizonte	Garcia Leão	91
257.753-4/00	Apelação Cível	Prados	Roney Oliveira	151
259.088-3/00	Apelação Cível	Oliveira	Bady Curi	210
259.314-3/00	Proc.-Cr. Comp. Orig.	Jacinto	Márcia Milanez	395
259.899-3/00	Confl. Neg. de Comp.	Lagoa Santa	Nilson Reis	154
261.671-2/00	Apelação Cível	Santa Rita do Sapucaí	Schalcher Ventura	238
264.641-2/00	Mand. de Segurança	Uberlândia	José Domingues Ferreira Esteves	200
267.679-9/00	Proc.-Cr. Comp. Orig.	Pompéu	Tibagy Salles	409
269.213-5/00	Apelação Criminal	Araguari	Gomes Lima	388
269.784-5/00	Apelação Cível	Divinópolis	José Domingues Ferreira Esteves	298
272.115-7/00	Apelação Cível	Uberlândia	Aluizio Quintão	289
274.715-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	260
275.315-0/00	Apelação Cível	Ituiutaba	Hyparco Immesi	162
275.482-8/00	Apelação Cível	Mesquita	Brandão Teixeira	94
275.922-3/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Nilson Reis	156
278.554-1/00	Apelação Cível	São Francisco	Sérgio Braga	179
279.968-2/00	Agravo de Instrumento	Sete Lagoas	Garcia Leão	118
279.996-3/00	Revisão Criminal	Campina Verde	Márcia Milanez	378
280.014-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	262
281.509-0/00	Apelação Cível	Lambari	Roney Oliveira	242
282.070-2/00	Apelação Cível	Bom Sucesso	Bady Curi	205
282.278-1/00	Apelação Cível	Contagem	Aluizio Quintão	198
282.789-7/00	Apelação Cível	Manhuaçu	Aluizio Quintão	144
283.350-7/00	Apelação Cível	Conceição das Alagoas	Jarbas Ladeira	303
283.475-2/00	Agravo	Uberlândia	Almeida Melo	149
283.542-9/00	Proc.-Cr. Comp. Orig.	São João da Ponte	Odilon Ferreira	368
283.578-3/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	345
283.651-8/00	Agravo	Montes Claros	Audebert Delage	137
283.692-2/00	Apelação Cível	Alvinópolis	Pinheiro Lago	138
284.381-1/00	Apelação Cível	Ibirité	Pinheiro Lago	122
285.569-0/00	Apelação Cível	Juiz de Fora	José Domingues Ferreira Esteves	301
286.715-8/00	Agravo	Elói Mendes	Roney Oliveira	300
288.147-2/00	Agravo	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	106
288.391-6/00	Apelação Cível	Montes Claros	Carreira Machado	309
288.544-0/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	278
288.573-9/00	Apelação Cível	Uberaba	Cláudio Costa	321
289.038-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	185
289.452-5/00	Apelação Cível	Manhuaçu	Maria Elza	203
289.536-5/00	Agravo	Belo Horizonte	Nilson Reis	119

289.946-6/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	280
290.106-4/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	318
290.120-5/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	127
290.424-1/00	Apelação Cível	Governador Valadares	Francisco Lopes de Albuquerque	194
291.195-6/00	Agravo	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	273
291.675-7/00	Agravo	Jaboticatubas	Wander Marotta	177
291.783-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Almeida Melo	246
291.884-5/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Gomes Lima	386
293.008-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	165
293.393-5/00	Agravo	Belo Vale	Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes	295
294.021-1/00	Apelação Cível	Varginha	Brandão Teixeira	99
294.555-8/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	243
294.690-3/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	417
295.465-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Carreira Machado	103
296.168-8/00	Apelação Cível	Timóteo	Hyparco Immesi	126
296.741-2/00	Mand. de Segurança	Matias Barbosa	Orlando Carvalho	196
297.092-9/00	Apelação Cível	Bom Despacho	Fernando Bráulio	252
297.302-2/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Kelsen Carneiro	354
298.994-5/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Abreu Leite	218
299.824-3/00	Apelação Cível	Muzambinho	Silas Vieira	182
299.901-9/00	Apelação Criminal	Açucena	José Antonino Baia Borges	385
300.064-3/00	Proc.-Cr. Comp. Orig.	Oliveira	Zulman Galdino	359
300.297-9/00	Agravo	Almenara	Carreira Machado	233
300.476-9/00	Agravo	Belo Horizonte	Wander Marotta	258
301.139-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Pedro Henriques	327
302.053-4/00	Apelação Cível	Governador Valadares	Kildare Carvalho	109
302.607-7/00	Apelação Criminal	Montes Claros	Gomes Lima	347
303.283-6/00	Apelação Cível	Resplendor	Caetano Levi Lopes	229
303.446-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	111
303.998-9/00	Apelação Criminal	Mesquita	Mercêdo Moreira	405
304.528-3/00	Apelação Cível	Contagem	Pedro Henriques	226
304.661-2/00	Apelação Cível	Santa Luzia	Alvim Soares	324
304.969-9/00	Agravo	Itajubá	Célio César Paduani	116
305.444-2/00	Apelação Criminal	Mantena	Jane Silva	399
305.643-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	212
305.804-7/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	147
305.862-5/00	Apelação Criminal	Ituiutaba	José Antonino Baia Borges	367
306.384-9/00	Apelação Criminal	Barbacena	Mercêdo Moreira	415
306.411-0/00	Apelação Criminal	Sete Lagoas	Jane Silva	356
306.681-8/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	296
307.539-7/00	Apelação Cível	Cláudio	Orlando Carvalho	132
307.803-7/00	Apelação Criminal	Juiz de Fora	Luiz Carlos Biasutti	425
307.879-7/00	Apelação Cível	Cláudio	Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes	174
308.087-6/00	Apelação Cível	Bambui	José Francisco Bueno	215
308.279-9/00	Apelação Cível	Contagem	Lamberto Sant'Anna	334
308.365-6/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Wander Marotta	253
308.382-1/00	Agravo	Cambui	Edivaldo George	311
308.620-4/00	Apelação Cível	Uberlândia	Francisco Figueiredo	90
309.508-0/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	234
309.554-4/00	Apelação Cível	Pirapora	Antônio Carlos Cruvinel	169
309.870-4/00	Apelação Criminal	Visconde do Rio Branco	Mercêdo Moreira	431
309.968-6/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Francisco Lopes de Albuquerque	219
310.216-7/00	Apelação Cível	São Lourenço	Silas Vieira	268
310.307-4/00	Desaforamento	Corinto	Kelsen Carneiro	403
310.556-6/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	207

310.608-5/00	Agravo	Aiuruoca	Odilon Ferreira	351
310.988-1/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Reynaldo Ximenes Carneiro	382
311.244-8/00	Recurso de Agravo	Contagem	Kelsen Carneiro	429
311.588-8/00	Apelação Criminal	Pitangui	Herculano Rodrigues	421
312.601-8/00	Apelação Cível	Janaúba	Ernane Fidélis	237
313.357-6/00	Apelação Cível	Lavras	Pedro Henriques	292
313.365-9/00	Apelação Cível	Varginha	Lamberto Sant'Anna	153
313.590-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Sérgio Braga	335
313.674-4/00	Apelação Cível	Carmo da Mata	Ernane Fidélis	202
314.520-8/00	Apelação Cível	Carmo do Rio Claro	Abreu Leite	155
315.031-5/00	Apelação Criminal	Uberlândia	Márcia Milanez	401
315.300-4/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Edivaldo George	92
315.387-1/00	Apelação Cível	Araguari	Sérgio Braga	276
315.688-2/00	Apelação Criminal	Tombos	Luiz Carlos Biasutti	423
315.979-5/00	Apelação Cível	Burititis	Abreu Leite	190
316.227-8/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Alvim Soares	123
316.435-7/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Márcia Milanez	361
316.656-8/00	Apelação Cível	Timóteo	Antônio Carlos Cruvinel	167
317.068-5/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	270
317.408-3/00	Apelação Cível	Inhapim	Antônio Carlos Cruvinel	173
317.616-1/00	Confl. de Comp. Crim.	Belo Horizonte	Mercêdo Moreira *	88
318.396-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	140
318.430-6/00	Apelação Cível	Mateus Leme	Caetano Levi Lopes	264
318.621-0/00	Agravo de Instrumento	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	192
319.123-6/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	236
319.251-5/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Alvim Soares	124
319.512-0/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	266
319.642-5/00	Apelação Cível	Juiz de Fora	Almeida Melo	245
319.926-2/00	Agravo	Baependi	Edivaldo George	171
320.454-2/00	Agravo	Medina	Lamberto Sant'Anna	284
320.519-2/00	<i>Habeas Corpus</i>	Pitangui	José Antonino Baia Borges	381
321.190-1/00	Apelação Criminal	Poços de Caldas	Zulman Galdino	374
321.427-7/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	412
322.766-7/00	Apelação Criminal	Divinópolis	Reynaldo Ximenes Carneiro	427
324.088-4/00	Apelação Criminal	Ubá	Edelberto Santiago	419
324.089-2/00	Apelação Cível	Uberaba	Eduardo Andrade	221
325.457-0/00	Apelação Criminal	Patos de Minas	Herculano Rodrigues	392
325.757-3/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	322
326.036-1/00	Apelação Criminal	Resplendor	Edelberto Santiago	377
326.230-0/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	343
326.258-1/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	158
327.384-4/00	Apelação Cível	Matozinhos	José Francisco Bueno	231
327.581-5/00	Apelação Cível	Ipatinga	Geraldo Augusto	281
328.377-7/00	Mand. de Segurança	Belo Horizonte	Edivaldo George	314
328.378-5/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	187
328.594-7/00	Agravo	Juiz de Fora	Dorival Guimarães Pereira	330
329.204-2/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	340
330.526-5/00	Recurso de Agravo	Contagem	Edelberto Santiago	373
332.350-8/00	Apelação Cível	Varginha	Francisco Lopes de Albuquerque	216
332.882-0/00	<i>Habeas Corpus</i>	Ituiutaba	Odilon Ferreira	396
333.006-5/00	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Tibagy Salles	406
334.028-8/00	Apelação Cível	Uberaba	Silas Vieira	338
334.175-7/00	<i>Habeas Corpus</i>	Estrela do Sul	Reynaldo Ximenes Carneiro	365
334.301-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	188
335.285-3/00	<i>Habeas Corpus</i>	Sabará	Jane Silva	350

335.697-9/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	208
336.446-0/00	Apelação Cível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	189
338.840-2/00	Rec. Sent. Estr.	Carmo de Minas	Tibagy Salles	370
340.117-1/00	Apelação Cível	Contagem	Geraldo Augusto	163
341.089-1/00	Apelação Criminal	Rio Casca	Zulman Galdino	364
349.606-4/00	Dúvida de Competência	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	87

Obs.: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais - SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
15.785-SP	Recurso Ordinário em MS	Franciulli Netto	433
21.450-RJ	<i>Habeas Corpus</i>	Vicente Leal	438
460.178-RS	Recurso Especial	Luiz Fux	441
478.958-PR	Recurso Especial	Luiz Fux	446

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
82.281-9-SP	<i>Habeas Corpus</i>	Maurício Corrêa	449
82.718-7-MG	<i>Habeas Corpus</i>	Nelson Jobim	453
344.833-1-MA	Recurso Extraordinário	Sepúlveda Pertence	456
431.548-7-MG	Ag. Reg. no Agr. Instrum.	Celso de Mello	458

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABSOLVIÇÃO - V. Ameaça 425

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - A absolvição sumária em face de alegação de legítima defesa, para ser acolhida, requer a presença de prova incontrovertida dessa excludente. - Legítima defesa - Pronúncia - Qualificadora - Conexão 370

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - A sentença em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, atingindo, assim, a esfera jurídica de todos que estiverem, de alguma forma, envolvidos na matéria objeto da referida ação. Portanto, a decisão proferida em ação civil pública que determina à Cemig a abstenção de cobrar a taxa de iluminação pública junto com a conta de energia vale para todos os municípios em que a Cemig faz a cobrança de referido tributo. - Iluminação pública - Taxa de iluminação pública - Energia elétrica 103

- V. Inquérito civil 144

- O simples fato de se amparar a ação civil pública em prova obtida por intermédio de matéria jornalística não a inquina de invalidade desde a origem, devendo, pois, prosseguir seu trâmite, com o recebimento da inicial e a devida instrução do feito. - Servidor - Vantagem indevida - Flagrante preparado - Prova ilícita - Sigilo bancário - Interesse público 273

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE EXECUÇÃO - É nula a execução arrimada em certidão, extraída de decisão do Tribunal de Contas que impingiu multa e imputou débito a ex-prefeito, não obstante tenham sido aprovadas suas contas pela Câmara Municipal, na medida em que apenas o Poder Legislativo detém competência para julgar contas do chefe do Poder Executivo, em conformidade com a ordem constitucional vigente. Exegese dos arts. 31 e 71, I, II e § 3º, da Constituição Federal e 76, I, II e § 3º, da Constituição Mineira.

- Vencido o Ministério Público na ação de execução por ele intentada, deve o mesmo suportar os ônus da sucumbência, *ex vi* do artigo 20 do CPC. - Ministério Público 182

AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - V. Usucapião 224

AÇÃO PENAL - V. Denúncia 409

AÇÃO RESCISÓRIA - Cabe ação rescisória contra acórdão proferido em agravo de instrumento, desde que este tenha examinado o mérito de uma controvérsia a que pôs termo.

- O erro de fato suscetível de fundamentar a rescisória é o decorrente da inadvertência do julgador que, manuseando os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está; é o erro dos sentidos de percepção, eventualmente de reflexão, de raciocínio, mas jamais de interpretação ou valoração da prova. Assim, se os cálculos de liquidação homologados judicialmente, cuja decisão transitou livremente em julgado, inclusive no que pertine à verba honorária, não foram vislumbrados no aresto rescindendo, habilitam o processamento da rescisória e ensejam sua consequente procedência, para efeito da obtenção dos aludidos honorários advocatícios arbitrados. - Honorário de advogado - Homologação de cálculos - Agravo de instrumento 285

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - V. Improbidade administrativa 144

- V. Atividade administrativa 281

AGENTE DE POLÍCIA CIVIL - V. Concurso público (STF) 456

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Em sede de agravo de instrumento, cabe apenas e tão-somente a análise da existência dos pressupostos para deferimento ou não da liminar. - Cautelar - Obras de aterramento de lagoa - Meio ambiente 116

- V. Mandado de segurança 136

- V. Ação rescisória 285

- Podendo-se aferir a tempestividade do recurso por outros meios, não se deve deixar de conhecer do agravo porque ausente a certidão de intimação da decisão agravada, o que representaria um demasiado apego à forma em detrimento do direito material discutido.

- Na Lei nº 9.139/95 o legislador adotou, para o agravo de instrumento, um procedimento célere, estreito e apertado, no qual inexistia outra fase instrutória diferente daquela atribuída às partes para a apresentação de suas razões recursais. Assim, se nesse momento processual, o alimentante não trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar sua impossibilidade de arcar com o ônus da verba alimentícia arbitrada, não há como aferir-se a procedência de suas razões recursais, pelo que se impõe a improcedência do recurso. - Procuração - Defensor Público - Alimentos - Intimação 311

ALEGAÇÕES FINAIS - V. Princípio do contraditório 210

ALIMENTOS - A dificuldade de comprovação da renda, em razão da alegada informalidade do trabalho do alimentante, não é obstáculo à concessão e fixação adequada dos alimentos, quando pela teoria da aparência se pode fixá-los 90

- V. Divórcio direto 118

- A partir da modificação da guarda de menor, quando este passa a viver com o alimentante, torna-se mister a redução do percentual da pensão alimentícia, na parte que cabe a esse filho, sob pena de ser criado um acréscimo injustificável no valor do débito alimentar. - Guarda de menor 137

- Age irresponsavelmente o pai que, ante a obrigação de manter um filho, constitui nova família, criando outro filho, sem possuir recursos financeiros, buscando reduzir a pensão do filho anterior, que nada tem com a má administração da sua vida. A Justiça não pode ser conivente com o procedimento de pais que, não podendo arcar com a responsabilidade da manutenção dos filhos já nascidos, procriam novos filhos, que poderão restar também desamparados no futuro.

- A redução da verba alimentícia para 60% do valor do salário mínimo, representa o mínimo necessário para o atendimento das necessidades primárias da vida do alimentado. 169

- Sendo a ação revisional de alimentos processada pelo rito ordinário, em vez de ser seguido o rito especial da Lei nº 5.478/68, não se pode falar em irregularidade do procedimento se não houve prejuízo ou inconveniente para as partes. - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Nulidade de sentença - Ampla defesa - Documentos - Juntada - Alegações finais 210

- V. Agravo de instrumento 311

AMEAÇA - Se as vítimas, em suas declarações prestadas em juízo, afirmam que não se sentiram ameaçadas pelas palavras do réu, que não passaram de meras bravatas, incapazes de provocar-lhes qualquer tipo de receio, é de ser mantida a absolvição do réu no que tange ao delito de ameaça. - Ameaça - Absolvição - Perigo comum - Incêndio 425

AMPLA DEFESA - V. Princípio do contraditório 210

ANULAÇÃO - V. Casamento putativo 334

APOSENTADO - Os servidores públicos inativos não podem ser sujeitos passivos de contribuição previdenciária, conforme se infere da combinação do art. 40, § 12, com o art. 195, II, inseridos na Carta Magna/88 pela Emenda Constitucional nº 20/98 e de precedentes do STF, como no caso da liminar concedida pela Corte Maior na ADIn nº 2.010. - Proventos - Servidor inativo - Contribuição previdenciária 335

APOSENTADORIA - V. Pensão especial 109

ÁREA DE SERVIDÃO DA CEMIG - V. Possessória 226

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - V. Defensor dativo 158

- V. Execução fiscal 234

- A simples afirmação da parte de que não tem condições de arcar com o ônus do processo dá a ela o direito aos benefícios da assistência judiciária, segundo dispõe o art. 4º da Lei nº 1.060/50. Nesse caso, a pobreza é presumida, cabendo à parte contrária provar a suficiência de recursos do requerente para o custeio do processo. - Conexão ou continência - Mandado de segurança e ação civil pública - Ação civil pública e mandado de segurança - Licitação 303

- A ausência de prova do pagamento de custas e honorários, em ações anteriormente ajuizadas por autor que se encontrava amparado pelo pálio da assistência judiciária, não constitui irregularidade. - Custas e honorários - Desapropriação indireta - Outorga uxória - Prescrição 322

ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR - V. IPSEMG 218

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - CONTROLE DA LEGALIDADE - V. Terço de férias 237

- A CF/88 estabelece os limites da atividade administrativa e, em seu art. 37, *caput*, determina a submissão destes aos princípios ali expressos, dentre os quais o da legalidade, que, conforme ensina a doutrina, se identifica com a própria noção do Estado de Direito. - Administração pública - Câmara Municipal - Mandado de segurança 281

ATO ADMINISTRATIVO - Não se anula ato administrativo sem prova inequívoca de irregularidade e, de forma geral, não se declara sua nulidade se dele não advém prejuízo. - Concurso público - Concurso público municipal 221

- A anulação dos atos administrativos pela própria Administração, quando ilegais, constitui a forma normal de invalidação da atividade ilegítima do Poder Público. - Licitação - Transporte - Mototáxi 276

- Não basta que os atos administrativos estejam em consonância com a regra jurídica; é necessário que haja sua conformidade com o arcabouço normativo, em que se destacam a moralidade e a impessoalidade. - Servidor contratado - Função pública - Efetivação 318

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - V. Sistema Financeiro da Habitação 212

AUTO DE INFRAÇÃO - V. Estatuto da Criança e do Adolescente 321

AUTORIDADE COATORA - V. Mandado de segurança 253

- Autoridade coatora não é somente a pessoa que comete diretamente o ato coator e ilegal, mas também todo aquele que, de algum modo, participa e influi na transgressão a direito e garantias tidos como invioláveis.

- V.v.: - É de se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do presidente da câmara municipal apontado como autoridade coatora em mandado de segurança impetrado para suspender efeitos de lei municipal, de iniciativa do prefeito, pois nesta hipótese a responsabilidade pela execução da lei é do prefeito, e não da câmara que a votou. - Mandado de segurança - Banco - Competência legislativa 301

- B -

BADY RAIMUNDO CURI, Des. - Discurso do Excelentíssimo Senhor Segundo Vice-presidente do TJMG em homenagem a Desembargadores e Juizes, por ocasião de suas aposentadorias - Notas e comentários 69

BAILES FUNK - V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude 196

BANCO - V. ISSQN 163

- A competência para legislar sobre o funcionamento de instituições financeiras é da União, sendo inconstitucional a lei do município que fixa horário de atendimento bancário, impondo a obrigatoriedade de os bancos atenderem seus clientes no prazo máximo de quinze minutos, porquanto referida matéria é predominantemente de interesse público nacional, que se superpõe, a rigor, aos interesses locais. - Competência legislativa - Mandado de segurança - Autoridade coatora 301

BEBIDA ALCOÓLICA - VENDA A MENOR - V. Estatuto da Criança e do Adolescente 321

BEM DE FAMÍLIA - A teor do art. 1º da Lei nº 8.009/90, considera-se bem de família, para fins de impenhorabilidade, o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Dito imóvel não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges, pelos pais ou pelos filhos que sejam seus proprietários e nele residam. Somente se encontra protegido pela impenhorabilidade o imóvel que constitua residência do executado-devedor, bem como de sua família, aqui compreendidos seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, nos termos daquele dispositivo. A lei, que tem caráter protetivo e excepcional, não estabelece qualquer benefício em favor de residência de tios ou irmãos do executado. - Execução - Embargos de terceiro - Penhora - Extinção do processo - Impenhorabilidade - Condomínio 99

BENS QUE GUARNECEM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - V. Penhora 208

- C -

CÂMARA MUNICIPAL - O mandado de segurança não se presta para impedir ou anular ato de competência de Câmara Municipal que, pela sua

própria autonomia, tem gerência discricionária nas ações administrativas.

- Ao Judiciário não compete pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade de ato relativo a matéria *interna corporis*, de competência privativa do Legislativo. - Mandado de segurança - Independência dos poderes 215

- As eleições para a mesa de câmara municipal devem-se fazer em consonância com o que determina o texto constitucional e o disposto no regimento interno da respectiva câmara; se não são observadas as regras legais, há ilegalidade passível de ser afastada por meio de mandado de segurança. - Administração pública - Atividade administrativa - Mandado de segurança 281

CARGO PÚBLICO - EXTINÇÃO - A extinção de cargos, pela declaração de sua desnecessidade, é ato discricionário da Administração, praticado segundo a oportunidade e conveniência, que só podem ser definidos pela própria Administração, não podendo o Judiciário imiscuir-se nessas questões.

- Uma vez extinto o cargo por lei até então válida, a disponibilização do servidor é perfeitamente legal, pois a disponibilidade é uma garantia assegurada àquele que goza de estabilidade, sendo que o § 3º do artigo 41 da CF, com a redação dada pela EC nº 19, estabelece que a disponibilidade se dará com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

- A proporcionalidade não significa redução de vencimentos, apenas fracionamento do total a ser recebido. - Servidor - Disponibilidade de servidor - Proporcionalidade - Vencimentos 173

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH - V. Uso de documento falso 405

CASAMENTO - O novo Código Civil, em seu art. 1.641, estabeleceu que o regime de separação de bens é obrigatório para os nubentes, caso algum deles tenha idade superior a sessenta anos. - Regime de bens 123

CASAMENTO PUTATIVO - A ação de anulação é cabível para declarar nulo o casamento putativo. Dessa forma, se a causa da nulidade reside na realização de um primeiro consórcio, nulo é o segundo enlace matrimonial, e não o primeiro.

- Ausentes as condições da ação e os pressupostos de validade da relação processual pela ilegitimidade

ativa das partes, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de representante legal do espólio, a lide há de ser extinta sem o exame do mérito. - Anulação - Extinção do processo sem julgamento do mérito 334

CAUTELAR - V. Obras de aterramento de lagoa 116

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - Tratando-se de cédula industrial, sendo as operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não se aplica o Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) e admite-se a capitalização de juros.

- O CDC não se aplica à cédula de crédito industrial, porque ausente a caracterização de relação de consumo prevista em seus arts. 2º e 3º. Assim, não há que se falar em redução da multa de 10%, livremente pactuada, para atender aos comandos do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90. - Juros reais - Juros - Código de Defesa do Consumidor 156

CENSURA ARTÍSTICA - V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude 196

CERCEAMENTO DE DEFESA - V. Julgamento antecipado da lide 321

- Se a diligência requerida na fase do art. 499 do CPP não foi considerada relevante para a apuração dos fatos, sendo que a produção de prova em tal fase tem caráter restrito, sob pena de se admitir processo interminável, o seu indeferimento não constitui cerceamento de defesa. - Diligência - Crime contra os costumes - Estupro - Miserabilidade da vítima - Palavra da vítima 392

CITAÇÃO - V. Litisconsorte necessário 127

- É dispensável a expedição de mandado de citação para que o réu preso compareça ao ato de interrogatório, pois, para tal, ele pode ser requisitado conforme se depreende do art. 360 do CPP. - Réu preso - Tóxico - Desclassificação de crime - Pena - Substituição de pena 412

CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE - V. Testemunha residente fora da comarca (STF) 449

CÓDIGO CIVIL

- Art. 1.168 127
- Art. 1.175 127

- Art. 1.630 127
- Art. 1.641 (novo Código) 123

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - V. Cédula de crédito industrial 156

- V. IPTU (STJ) 446

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- Art. 9º, II 296
- Art. 20 182
- Art. 56 126
- Art. 95, 2ª parte 154
- Art. 96, *caput* 171
- Art. 105 303
- Art. 219, § 5º 234
- Art. 246 205
- Art. 267, I 99
- Art. 267, V 207
- Art. 295, V 99
- Art. 333, I 260
- Art. 337 266
- Art. 364 306
- Art. 398 210
- Art. 405 303
- Art. 535, II 441
- Art. 589 119
- Art. 592, II 119
- Art. 614, II 158
- Art. 616 158
- Art. 649, VI 208
- Art. 915, § 1º 292
- Art. 915, § 2º 292

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

- Art. 74, § 2º 88
- Art. 84 144
- Art. 222 449
- Art. 302, III 396
- Art. 360 412
- Art. 408 370
- Art. 416 438
- Art. 424 403
- Art. 455 449
- Art. 484, III 364
- Art. 499 392
- Art. 563 419
- Art. 621, III, última parte 378

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei nº 9.503/97)

- Art. 280, *caput* 441
- Art. 280, VI 441
- Art. 281, parágrafo único 441
- Art. 282 441

- Art. 288 441
- Art. 290 441
- Art. 309 356
- Art. 314, parágrafo único 441

CÓDIGO PENAL

- Art. 44, I 347/361
- Art. 44, II 361
- Art. 44, III 412
- Art. 121, § 1º 421
- Art. 121, § 2º, II 370
- Art. 297 354
- Art. 304 354/356/385/405
- Art. 308 354/382
- Art. 329 382

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- Art. 77 167
- Art. 78 167
- Art. 135, III 284

COISA JULGADA - Verifica-se a ocorrência da coisa julgada quando entre duas ações existem identidade de partes, de objeto e de causa de pedir, circunstância que fará com que o segundo processo seja extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. - Identidade de parte 207

COMODATO - V. Improbidade administrativa 324

COMPANHEIRA - V. Inventário 330

COMPETÊNCIA - V. Conflito de competência 88

- V. Menor - Trabalho 132/174

- V. Incompetência do STF para processar e julgar HC de decisão oriunda de Juizado Especial Criminal (STF) 453

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - V. Improbidade administrativa 144

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - V. Banco 301

COMPETÊNCIA RECURSAL - É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência recursal para julgar apelação interposta em ação ordinária de servidão em que o município foi excluído da lide, pois, neste caso, não incide a norma do art. 106, II, a, da Constituição do Estado de Minas Gerais. - Servidão 87

CONCESSÃO DE DIREITO REAL - V. Reintegração de posse 155

CONCUBINATO - Diante da nova configuração institucional familiar atribuída pela ordem constitucional, estão os conviventes em condições de absoluta igualdade, cada qual contribuindo com o que tem a oferecer para a completude da relação, sendo certo que a simples existência de concubinato não gera direito à indenização por serviços domésticos executados pela concubina, porque, na relação concubinária, há mútuo proveito e dedicação recíproca dos envolvidos. Ademais, estabelecer indenização por tais serviços configuraria flagrante retrocesso, colocando a mulher em posição de submissão ao homem, como se a mesma fosse uma mera servil, encarregada de prestar a estes serviços de caráter doméstico, o que não encontra respaldo nas normas legais aplicáveis à espécie e tampouco está em consonância com o novo *modus vivendi* de nossa sociedade. - União estável - Indenização por serviços domésticos prestados 338

CONCUBINATO IMPURO - V. União estável 147

CONCURSO PÚBLICO - Havendo a impetrante ingressado no curso de formação, relativo ao concurso no qual se inscreveu, amparada por decisão proferida em mandado de segurança, e nele logrando êxito, não pode a autoridade inquinada coartar negar-lhe a diplomação alegando que a decisão daquele outro *mandamus* ainda não transitou em julgado, sob pena de tornar a decisão judicial inócua, o que contraria a natureza da sentença mandamental, que é auto-executória. - Polícia Militar - PMMG - Mandado de segurança 92

- Demonstrado que o candidato ao ingresso na carreira da PMMG não foi submetido a exame de capacitação física nos termos do edital e diante do resultado negativo do exame médico que o considerou inapto, é cabível a concessão de liminar na ação cautelar, para determinar sua matrícula no curso de formação de soldados, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo, em tese, impossibilidade de concessão da medida.

- A previsão do exame de capacitação física, como requisito para ingresso na carreira da PMMG, encontra-se ancorada na Lei nº 5.301/69, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 50/98, que prevê expressamente a necessidade de aprovação em testes físicos, como antecedente lógico e necessário para o provimento do cargo militar, desde que observados os termos do edital. - Polícia Militar - PMMG 106

- O exame psicotécnico para matrícula no Curso de Formação de Cabos da PMMG tem respaldo no parágrafo único do art. 5º da Lei Estadual nº 5.301/69. Assim, a exigência de referido exame, cujo caráter é eliminatório, no edital de concurso não fere direito líquido e certo de candidato reprovado, pois não há como admitir que um candidato que não possua preparo psicológico porte arma de fogo ou atue em situações de risco em plena sociedade.

- V.v.: - A lei deve estabelecer todos os requisitos para o exame psicotécnico de forma objetiva, v.g., os fatores específicos que serão analisados, os testes que serão realizados, os critérios decisórios, a justificação dos laudos e, inclusive, a possibilidade de recurso com a realização de novo exame, pois a falta desses requisitos compromete a objetividade e a imparcialidade do concurso, deixando os candidatos à mercê de decisões incontroláveis. Ademais, tais exames devem desconsiderar ou relevar as normais alterações da personalidade, pois o estado psicológico, em determinado momento, pende de condições psicossomáticas, alteráveis por fatores momentâneos. Os testes devem captar o estado permanente do examinando, o "é", não o transitório, o "está", sob pena de restar irreal o exame, aliás, variável pelo próprio estado psicossomático do profissional-psicólogo que aplica ou analisa os testes. - Exame psicotécnico 140

- A preferência, no caso de empate em concurso público, conferida a servidor que já integra o quadro de pessoal da entidade pública que realiza o concurso, não afronta os princípios e regras constitucionais, ao contrário, constitui postura que atende ao princípio da razoabilidade administrativa.

- Improcede o pedido de anulação do concurso público, se não restou caracterizada qualquer ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie, principalmente, não havendo comprovação de prejuízo para a Administração Pública e para os participantes do certame em virtude das disposições editalícias. - Ato administrativo - Concurso público municipal 221

- Não é dado ao Judiciário impor aos entes da Administração (direta ou indireta) que procedam à nomeação de candidato aprovado em concurso público, porque, agindo assim, estaria adentrando a valoração da conveniência e oportunidade do ato administrativo, o que escapa aos limites do controle judicial.

- O candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação, na medida em que o seu chamamento fica sob o crivo da conveniência e oportunidade da Administração, a qual não é obrigada a nomeá-lo dentro do prazo de validade do certame.

- O direito líquido e certo do candidato habilitado em concurso público exsurge quando, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas existentes por terceiros não concursados para o desempenho de função que competiria àquele. Não havendo a nomeação de outro concursado, ou a contratação de terceiros para exercer a função do cargo, inocorrendo a preterição do candidato, não há direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança. - Mandado de segurança 268

- Decisão que não negou a necessidade do exame para o concurso em causa, mas considerou exagerado o critério adotado pela Administração para conferir a tal prova, sem base legal e científica, o caráter eliminatório: inexistência de afronta ao art. 37, I, da Constituição, que assegura que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma de lei" e falta de prequestionamento dos artigos 2º e 5º, *caput*, da Constituição (Súmula 282) (STF) 456

CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - Os instrumentos normativos editados pelo Estado não se aplicam a concurso promovido no âmbito municipal, em face da autonomia administrativa conferida aos entes federados integrantes da República Federativa do Brasil. Assim, os municípios podem fixar as disposições editalícias para reger concurso público para provimento de cargos no quadro de pessoal dos Poderes municipais. - Concurso público - Ato administrativo 221

CONDOMÍNIO - V. Execução 99

CONEXÃO - A inexistência de dependência de aferição probatória entre crimes diversos e que, nesse caso, se refere ao instituto da conexão processual autoriza o desmembramento do processo e o julgamento do denunciado nos respectivos Juízos distintos e competentes para tal apreciação. - Pronúncia - Qualificadora - Legítima defesa - Absolvição sumária 370

CONEXÃO OU CONTINÊNCIA - O art. 105 do CPC estabelece que, havendo conexão ou continência,

o julgador pode reunir as ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Contudo, tratando-se de ritos processuais inconciliáveis, como é o caso de ação civil pública e mandado de segurança, não é possível se determinar a reunião de processos. - Ação civil pública e mandado de segurança - Mandado de segurança e ação civil pública - Assistência judiciária - Licitação 303

CONFLITO APARENTE DE NORMAS - Há um conflito aparente de normas entre os crimes de direção inabilitada e uso de documento falso (CNH), devendo ser reconhecida a hipótese de progressão criminosa, prevalecendo apenas o crime mais grave, qual seja, aquele descrito no art. 304 do Código Penal. - Falta de habilitação e uso de documento falso - Roubo - Palavra da vítima - Exame de sanidade mental - Sentença - Pena 356

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, representado pela Corte Superior, é competente para decidir conflito de competência estabelecido entre a Turma Recursal do Juizado Especial e o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

- A competência para julgamento de recurso interposto contra condenação por crime contra o patrimônio é do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 106, II, *h*, da Constituição Mineira. Caso haja a desclassificação do crime para outro da competência da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal, prorrogase a competência do Tribunal de Alçada, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 106, § 1º, da Constituição Estadual. Ademais, o art. 74, § 2º, do Código de Processo Penal é claro ao dispor que a competência do órgão de maior graduação será prorrogada, se houver desclassificação do crime para outro de competência de um juízo menos graduado.

- Após a prolação da sentença, a competência recursal das Câmaras Criminais do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais firma-se pela parte dispositiva daquela, nos termos do art. 42, parágrafo único, *b*, do Regimento Interno do TAMG. - Competência - Tribunal de Alçada e Turma Recursal do Juizado Especial Criminal - Desclassificação do crime 88

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - Na ação consignatória que visa à solução de controvérsia entre as partes sobre o valor da prestação devida pelo consignante, inexistente óbice para que se

discutam as cláusulas contratuais relativas ao tema em debate e sua melhor interpretação.

- Tendo os consignantes depositado em juízo os valores de prestações contratuais vencidas e sendo-lhes negado o pedido para depósito também das vincendas, é possível ajuizar nova ação consignatória para depositarem as prestações futuras, não havendo falar-se em impossibilidade jurídica do pedido, pois não se encontram em mora.

- Em ação de consignação em pagamento, ajuizada para discutir os valores de prestações devidas, é inadmissível o desconto das custas e honorários de advogado do valor depositado, uma vez que o ônus da sucumbência resulta do fato objetivo da derrota na demanda. Tal desconto representa verdadeira forma de compensação não prevista em lei.

- As custas e honorários devidos pelo vencido devem ser pagos segundo o procedimento próprio para tanto. - Plano de equivalência salarial - Sistema Financeiro da Habitação - Honorário de advogado - Custas processuais 249

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS-CLT	
- Art. 405	174
- Art. 405, § 2º	132
- Art. 406	132/174

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL	
- Art. 24, § 1º	340
- Art. 76, I, II e § 3º	182
- Art. 106, § 1º	88
- Art. 106, II, a	87
- Art. 106, II, h	88
- Art. 117, parágrafo único	200
- Art. 272	158

ADCT	
- Art. 105	314
- Art. 106	314/318

CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
- Art. 1º, II, III e IV	309
- Art. 2º	456
- Art. 5º, caput	196/456
- Art. 5º, III	388
- Art. 5º, IX	196
- Art. 5º, XIII	132
- Art. 5º, XLIII	351
- Art. 5º, XLVII	388
- Art. 5º, XLIX	388
- Art. 5º, LIV	270/327
- Art. 5º, LV	270/327/441
- Art. 5º, LVII	295
- Art. 7º, XXXIII	132/174

- Art. 23, III e IV	149
- Art. 30, I	194
- Art. 31	182
- Art. 37	245
- Art. 37, caput	281
- Art. 37, § 4º	144
- Art. 37, I	456
- Art. 37, II	253/314/318
- Art. 37, IX	368
- Art. 37, X	122
- Art. 37, XI	124
- Art. 37, XV	122
- Art. 38, II	165
- Art. 39, § 4º	124
- Art. 40, § 7º	203/270
- Art. 40, § 8º	270
- Art. 40, § 12	335
- Art. 41, § 3º	171
- Art. 60, § 4º, IV	132
- Art. 71, I, II e § 3º	182
- Art. 98, I	453
- Art. 102, I, i	453
- Art. 105, II, b	433
- Art. 108, II	174
- Art. 109, I	174
- Art. 145, II	167/242
- Art. 150, § 6º	289
- Art. 155, § 3º	167
- Art. 156, III	163
- Art. 192, § 3º	156
- Art. 195, § 5º	203
- Art. 195, II	335
- Art. 206, IV	309
- Art. 216, § 1º	149
- Art. 220, caput e §§ 2º e 3º	196
- Art. 227	174
- Art. 227, § 3º, I	132

ADCT	
- Art. 19	151/236
- Art. 53, II	109

CONSTRUÇÃO IRREGULAR - V. Possessória	226
--	-----

CONSUMÇÃO - V. Falsificação de documento público e uso de documento falso	354
--	-----

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - V. Denúncia	409
---	-----

CONTRATAÇÃO DE CELETISTAS - V. Crime de responsabilidade	368
---	-----

CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL - V. Sistema Financeiro da Habitação	212
--	-----

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - V. Ipsemg	218
--	-----

- V. Aposentado	335
------------------------	-----

CONTRIBUINTE DO IPTU - V. IPTU (STJ)	446
---	-----

CONTRIBUINTE FACULTATIVO - V. Ipsemg	187
---	-----

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - V. Menor - Trabalho	132
---	-----

CONTROLE JUDICIAL DA RESPONSABILIDADE FISCAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA, O - Dr. Érico Andrade - Doutrina	37
---	----

CONVÊNIO - A legitimidade ativa e o interesse de agir são atribuídos àquele que precisa acionar a máquina judiciária para o fim de obter um provimento adequado ao atendimento de suas pretensões resistidas por outrem. Assim, o município possui legitimidade ativa *ad causam* e interesse de agir para propor ação visando ao ressarcimento de quantias provenientes de convênio firmado com o Estado, indevidamente utilizadas por ex-prefeito, mormente quando, de tal fato, tenha decorrido a suspensão de repasses de recursos financeiros pelo Estado. E, mesmo que o pedido meritório seja, ao final, julgado improcedente, deve-se reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do município-autor e a legitimidade passiva *ad causam* do ex-prefeito-réu.

- O fato de os recursos transferidos pelo convênio serem originários do Estado não exclui a legitimidade deste nem a do município, para propor ação visando ao ressarcimento das quantias indevidamente utilizadas por ex-prefeito.

- O cumprimento do avençado em convênio é gerido pelo princípio da especificidade e pela vinculação de seus recursos à atividade objeto de sua celebração. Assim, se os recursos financeiros transferidos por intermédio de convênio, pelo Estado ao município, para o custeio de urgências e emergências de serviços relacionados à área de saúde, foram aplicados em atividade que não atenda à finalidade pactuada, deve-se impor ao responsável pelo não-cumprimento do convênio o ressarcimento ao erário, pois qualquer pessoa que administre interesse de outrem é obrigada a prestar contas e ressarcir eventuais prejuízos. - Município - Legitimidade ativa *ad causam* - Illegitimidade passiva *ad causam* - Legitimidade passiva *ad causam* do ex-prefeito - Ressarcimento

de danos ao erário - Recursos repassados ao município 94

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - V. Objeção de pré-executividade	229
---	-----

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - V. Loteamento irregular	415
---	-----

CRIME CONTRA OS COSTUMES - Nos crimes contra os costumes, provada a miserabilidade da vítima ou de seus pais, tem o Ministério Público legitimidade para propor a ação penal.

- Em delitos contra a liberdade sexual a palavra da vítima, quando firme, segura e coerente, representa a vigia mestra da estrutura probatória, porque as condutas criminalmente tipificadas acontecem, em regra geral e por sua própria natureza, às escondidas. - Representação - Estupro - Miserabilidade da vítima - Palavra da vítima - Cerceamento de defesa - Diligência 392

- V. Recurso	417
---------------------	-----

CRIME DE RESPONSABILIDADE - A contratação temporária de pessoal, sob a égide da CLT, autorizada mediante decreto do prefeito, em início de mandato, para atender a excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF/88, não constitui crime a punir, eis que, neste caso, o alcaide pratica atividade típica da Administração.

- O crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67 é de mera conduta e só é punido a título de dolo específico e desde que provado substancialmente que o acusado não tenha agido com bom propósito em relação à comunidade ou que tenha dado prejuízo à Administração. - Prefeito - Contratação de celetistas 368

CRIME HEDIONDO - V. Prisão preventiva	350
--	-----

- V. Regime prisional	373
------------------------------	-----

- V. Estupro e atentado violento ao pudor	401
--	-----

- A pena por crime hediondo deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, por força do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Assim, o fato de o juiz, ao estabelecer o regime prisional, deixar de mencionar a expressão "integralmente", indicando-o simplesmente como fechado, não tem o condão de assegurar ao condenado a progressi-

vidade do regime da pena, não se podendo concluir, diante de tal omissão, que o regime seja apenas inicialmente fechado. - Pena - Progressão de regime 429

CRIME LICITATÓRIO - V. Prefeito 359

CURADOR ESPECIAL - V. Execução fiscal 296

CUSTAS E HONORÁRIOS - V. Assistência judiciária 322

CUSTAS PROCESSUAIS - V. Consignação em pagamento 249

- D -

DANO AO ERÁRIO - V. Improbidade administrativa 202

DANO MORAL - É de se imputar a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar àquele que, a pretexto de exercer regularmente um direito previsto no ordenamento jurídico, extrapola-o, praticando abuso do direito. Se demonstrado *ad societatem* que o débito tributário atinente ao IPTU foi quitado em data anterior ao protesto, evidencia-se o abuso no exercício regular do direito do município credor em exigir o seu pagamento e sua consequente obrigação de indenizar o apontado devedor por danos morais, ainda mais se não foi comunicada a inclusão de seu nome em cadastro de devedores, com patente violação à regra contida no art. 43 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990. - Inclusão de nome de devedor do IPTU no Serasa - Município - Responsabilidade civil - Indenização 162

- V. Responsabilidade civil do município 198

- Não conduz à indenização, pelo Estado, a publicação oficiosa, em jornal local, de fato objeto de inquérito elaborado pela Polícia Civil. Se comentários impertinentes fossem feitos, hábeis a macular a honorabilidade de alguém, haveria de ser o jornal o responsável pelo ressarcimento do dano moral, e não o Estado, à mingua de nexo causal entre o comportamento dos seus agentes e o dano. - Indenização - Notícia de jornal - Responsabilidade civil do Estado 243

DÉBITO FISCAL - V. Inventário 284

DECADÊNCIA - V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude 196

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - V. Júri 374

DECRETO ESTADUAL

- Nº 38.104, de 1996 - Art. 171, § 2º (instituiu o RICMS) 298

DECRETO FEDERAL

- Nº 3.708, de 1919 - Art. 10 119
- Nº 22.626, de 1933 (Lei de Usura) 156

DECRETO-LEI FEDERAL

- Nº 7.661, de 1943 - Art. 23, parágrafo único, III (Lei de Falências) 262
- Nº 7.661, de 1943 - Art. 35 295
- Nº 7.661, de 1943 - Art. 63, XVI 295
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, XIII 368
- Nº 406, de 1968 163
- Nº 406, de 1968 - Art. 9º, § 3º 289
- Nº 834, de 1969 289
- Nº 2.322, de 1987 - Art. 3º 270

DEFENSOR DATIVO - O defensor dativo será nomeado para defesa de réu pobre, não podendo tal instituto ser estendido para defesa do autor da ação.

- Os honorários do advogado dativo não poderão ser superiores à remuneração básica mensal de defensor público.

- A existência na comarca do serviço de assistência judiciária custeada pela Fazenda não exime o dever do Estado de remunerar os advogados que nela atuarem como dativos. - Assistência judiciária - Honorários de advogado - Execução por quantia certa - Memória discriminada do cálculo - Extinção do processo 158

DEFENSOR PÚBLICO - V. Execução fiscal .. 234/296

- Aos defensores públicos é dado atuar em juízo desprovidos do instrumento de procuração. Assim, não se exige a juntada daquele documento se a parte está representada nos autos por um membro da Defensoria Pública. - Procuração - Agravo de instrumento - Alimentos - Intimação 311

DELIBERAÇÃO DO CONTRAN

- Nº 29, de 2001 327

DENÚNCIA - V. Prefeito 359

- V. Tóxico 365

- Se a denúncia está formalmente perfeita, retrata um crime em tese e tem por sustentáculo elementos

colhidos na fase administrativa, seu recebimento é a regra, deixando-se às partes oportunidade de trazer aos autos, no curso da instrução criminal, as provas de que dispõem. - Prefeito 395

- Há justa causa para o início da ação penal quando o fato se apresenta incontroverso e a denúncia descreve, com objetividade, condutas típicas, ilícitas e culpáveis.

- Se a denúncia estiver revestida de seus aspectos essenciais, além da narração do fato delituoso, cabe ao Colegiado recebê-la.

- Na fase inicial do procedimento, por existência, em tese, do crime, deve prevalecer a máxima do *in dubio pro societate*, com o recebimento da denúncia, oportunizando a ampliação probatória (acusatória e defensiva) no decorrer da instrução criminal, por meio da qual, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, os fatos narrados poderão ser devidamente esclarecidos. - Ação penal - *In dubio pro societate* - Contraditório e ampla defesa 409

DESAFORAMENTO - O desaforamento, por se tratar de exceção ao princípio geral de que o réu deve ser julgado no lugar onde cometeu o delito, é medida excepcional e como tal somente deve ser autorizado em casos extremos, nos quais estejam objetivamente comprovadas as hipóteses previstas no art. 424 do CPP. Inexistindo provas convincentes e eficazes da ameaça da ordem pública, ou de dúvida quanto à imparcialidade do Júri, ou de que a segurança do réu esteja ameaçada, deve-se indeferir o pedido de desaforamento.

- A revolta causada na comunidade, decorrente da gravidade e da violência do homicídio, por se tratar de reação ao crime, e não ao criminoso, não constitui motivo suficiente para o desaforamento.

- Na apreciação do pedido de desaforamento, a manifestação do juiz é de fundamental importância, ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião. Se o magistrado, em informações atualizadas e precisas, manifesta-se contrariamente à medida e não havendo prova inequívoca da ocorrência de qualquer dos pressupostos taxativamente referidos no art. 424 do CPP, não se pode conceder o desaforamento. - Prova 403

DESAPROPRIAÇÃO - Conforme se infere do art. 95 do CPC, é competente o foro da situação da coisa para julgar as ações fundadas em direito real sobre imóveis, como é o caso da ação de desapropriação. - Foro competente 154

- A desapropriação é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: uma, de cunho declaratório, que culmina com a expedição do decreto expropriatório e a indicação da necessidade ou utilidade pública; e a segunda, de cunho executório. A primeira fase deve ser precedida de procedimento administrativo, no qual a Administração verifica a necessidade da desapropriação e o valor da indenização a ser paga ao proprietário, tudo de forma justificada e motivada, pois todos os atos administrativos estão sujeitos a motivação, sejam eles originados do poder vinculado ou editados em virtude de faculdade discricionária.

- O Poder Público não pode, para dar início às obras, utilizar-se de imóvel que não sofreu o processo de desapropriação, invadindo-o e causando prejuízos ao particular. 177

- Se a indenização deve ser a mais justa e ampla possível, a eventual existência de lotes encravados na área expropriada não influi em nada na fixação da avaliação, sobretudo se possuem eles condições de acesso à via pública. - Lotes encravados - Indenização 185

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Na ação de cobrança de indenização por desapropriação indireta, que é pessoal e não envolve direito real, deve ser afastada a alegação de ausência de outorga uxória.

- A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos, conforme se depreende da Súmula nº 119/STJ. - Outorga uxória - Prescrição - Assistência judiciária - Custas e honorários 322

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - V. Conflito de competência 88

- V. Tóxico 365/412

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

- A teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica presta-se como meio de coibir prejuízo de terceiros quando houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária, ou genericamente infração de disposição legal. Assim, deve ser desconSIDERADA a personalidade jurídica da sociedade que, afrontando a legislação societária, se dissolve irregularmente sem honrar os seus compromissos, devendo os seus sócios responder pelas verbas não pagas (das quais não se excluem os honorários advocatícios), conforme se infere da

combinação do art. 592, II, do CPC com o art. 10 do Decreto 3.708/19. - Honorário de advogado - Dissolução irregular de sociedade - Responsabilidade dos sócios - Execução	119
DESEMBARGADOR JOAQUIM FRANCISCO DE FARIA - Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro - Júnia Diniz	15
DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - V. Júri	377
DILIGÊNCIA - V. Cerceamento de defesa	392
DIPLOMA SECUNDÁRIO OBTIDO NO EXTERIOR - V. Educação	278
DIREITO AUTURAL - O Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dispõe de legitimidade para ajuizar ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente da autorização ou prova de filiação desses ao escritório.	
- O município que cede local a terceiros, para realização de espetáculo musical, responde solidariamente com os organizadores do espetáculo pelo pagamento dos direitos autorais, conforme dispõe o art. 110 da Lei nº 9.610/98.	
- Cabe o pagamento de direitos autorais relativos a espetáculo realizado ao vivo que se reveste de caráter lucrativo, mesmo quando as obras musicais sejam executadas pelos seus próprios autores. - ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição	240
DIREITO DE VISITAS - V. Guarda de menor	246
DISCURSO DE DESPEDIDA DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Des. Gudestev Biber Sampaio - Notas e comentários	73
DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins - Notas e comentários	79
DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS, NA SUA POSSE COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Des. Kelsen do Prado Carneiro - Notas e comentários	77

DISCURSO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR SEGUNDO VICE-PRESIDENTE DO TJMG EM HOMENAGEM A DESEMBARGADORES E JUÍZES, POR OCASIÃO DE SUAS APOSENTADORIAS - Des. Bady Raimundo Curi - Notas e comentários	69
--	----

DISPONIBILIDADE DE SERVIDOR - V. Cargo público - Extinção	173
--	-----

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO - Se o bem foi adquirido antes da relação concubinária, ele não deve entrar na partilha, e sim pertencer ao adquirente. - Partilha	189
---	-----

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE - V. Desconsideração da personalidade jurídica	119
---	-----

DIVÓRCIO DIRETO - Tratando a ação de divórcio de forma de dissolução do vínculo matrimonial, a sentença não ficará isenta de abranger matérias indispensáveis a tal dissolução ainda mais depois de argüidas por uma das partes. Deve-se atentar para um dos princípios norteadores do processo, o da economicidade, sendo desnecessário o ajuizamento de outra ação para a apreciação do direito relativo à pensão alimentícia.	
---	--

- V.v. : - Nega-se provimento ao recurso se a inicial não restou suficientemente explícita quanto ao sujeito ativo da pretensão relativa aos alimentos e por inexistir vínculo de conexão e de continência entre o pedido de divórcio e o pedido de alimentos. - Alimentos - Petição inicial	118
--	-----

DOAÇÃO - O ato de doação praticado por agentes capazes e com observância das normas legais, sendo atendidos todos os preceitos contidos nos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, não se encontra eivado de nulidade.	
--	--

- Ao consignar, em escritura de doação, percentual superior àquele que o doador detinha em imóvel, fica evidenciada a sua intenção de transferir todo o percentual de sua propriedade. Assim, comprovada a observância dos artigos 1.168 e 1.175 do Código Civil Brasileiro, deve ser deferido o pedido de retificação judicial da escritura, para restringir a doação ao percentual do imóvel de que era detentor o doador, já falecido. - Embargos de declaração - Testamento - Prazo - Citação - Litisconsorte necessário	127
--	-----

- Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a figura da doação compulsória ou da promessa de	
---	--

doação, não podendo, portanto, aquele que prometeu doar ser compelido a fazê-lo, se posteriormente se arrepender.

- Para validade da doação de imóvel, exige-se a escritura pública. Simples promessa de doação, por não constituir título de qualquer direito real, não autoriza ou legitima o promissário-donatário a anular a venda do bem imóvel prometido, pois a doação, sem o registro constituidor do domínio e sem a transmissão da posse, só pode conferir aos donatários frustrados reclamos de conotação obrigacional, a se traduzirem, se for o caso, em perdas e danos.	179
--	-----

DOCUMENTO FALSO - V. Uso de documento falso	405
--	-----

DOCUMENTOS - JUNTADA - V. Princípio do contraditório	210
---	-----

DOCTRINA - Inconstitucionalidade do ISS sobre serviços notariais e registrais - Dr. Fernando Neto Botelho	19
--	----

- O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública e improbidade - Dr. Érico Andrade	37
--	----

- Da prescrição e da decadência - seus prazos no Código Civil/02 - Dr. Segismundo Gontijo	53
---	----

E

ECAD - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - V. Direito autoral	240
---	-----

EDUCAÇÃO - V. Escola - Fechamento	192
--	-----

- O direito brasileiro exige, para a conclusão do ensino médio, um mínimo de onze anos de estudos assim distribuídos: oito anos no ensino fundamental e pelo menos três anos no ensino secundário. Assim, para que o diploma obtido em escola secundária do exterior seja validado no Brasil, para fins de conclusão do ensino de segundo grau, é necessário que a somatória dos períodos cursados no Brasil e no exterior atinja o mínimo de onze anos de estudos, sob pena de inexistência de direito líquido e certo à validação do diploma estrangeiro. - Ensino médio - Diploma secundário obtido no exterior	278
--	-----

- O direito à educação consubstancia-se em verdadeiro direito fundamental do cidadão, propiciando a realização dos fundamentos da República	
---	--

Federativa do Brasil arrolados no art. 1º, incisos II, III e IV, da Constituição, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho.

- A gratuidade do ensino público decorre de princípio constitucional que abrange, sem restrições, o ensino fundamental, médio e superior. Assim, existindo estabelecimentos públicos dedicados ao ensino superior, estes deverão observar o referido princípio, não havendo que se falar em ausência de lei como motivo limitador do exercício do direito, devendo o custo do serviço ser suportado por toda a sociedade, mediante a aplicação de recursos provenientes da arrecadação de impostos.	
---	--

- Além das mensalidades, a gratuidade deve ser estendida também aos serviços prestados pela instituição relacionados diretamente às atividades acadêmicas, estando a matrícula inserida neste caso. - Ensino superior - Gratuidade	309
--	-----

EFETIVAÇÃO - V. Servidor contratado ...	253/314/318
--	-------------

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Constatada a existência de contradição no acórdão, os embargos de declaração devem ser acolhidos para a correção necessária.	91
---	----

- Os embargos declaratórios interrompem o prazo para interposição de recursos, ainda que sejam ajuizados em autos apensos, se a decisão de que se recorre é única. - Litisconsorte necessário - Testamento - Prazo - Doação	127
---	-----

EMBARGOS DE TERCEIRO - V. Execução	99
---	----

EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL - Nº 49, de 2001	253/314/318
--	-------------

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL - Nº 19, de 1998	124/173/340
- Nº 20, de 1998	132

ENERGIA ELÉTRICA - O contrato entre o consumidor de energia elétrica e a Cemig é um contrato de adesão e, como tal, não pode ser unilateralmente modificado, conforme se depreende do art. 51, XIII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Assim, a Cemig não pode vincular a continuidade do fornecimento de energia ao pagamento da taxa de iluminação pública, se o consumidor, ao contratar o serviço, não aderiu a nenhuma cláusula que permitisse tal vinculação. -	
---	--

Iluminação pública - Taxa de iluminação pública - Ação civil pública	103
--	-----

- V. Taxa de licença para ocupação do solo urbano	167
---	-----

ENERGIA ELÉTRICA - SUSPENSÃO - É inadmissível a suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento de tributo municipal.	
- Taxa de iluminação pública - Iluminação pública - Tributo municipal	242

ENSINO - V. Escola - Fechamento	192
--	-----

ENSINO MÉDIO - V. Educação	278
---	-----

ENSINO SUPERIOR - GRATUIDADE - V. Educação	309
---	-----

ÉRICO ANDRADE, Dr. - O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública - Doutrina	37
---	----

ESCOLA - FECHAMENTO - A decisão de se fechar uma escola é inadequada quando faltam escolas para a demanda existente. Assim, há que ser mantida a liminar concedida em ação cautelar promovida contra o Estado, para que este proceda à inclusão no cadastramento e geoprocessamento escolar de escola estadual fechada sob o argumento de redução da demanda de alunos, pois tal fechamento contraria normas constitucionais que determinam a disposição de ensino público e gratuito ao lado de ações visando à proteção integral de nossas crianças e adolescentes, que se veriam obrigados a se locomover por longas distâncias nos aglomerados pobres brasileiros, desprovidos de vias pavimentadas, de tratamento sanitário e, principalmente, de segurança.	
- Ensino	192

ESCRITURA PÚBLICA - V. Doação	179
--	-----

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - O art. 19 do ADCT/88 tornou estáveis os servidores contratados sem concurso público que já contavam cinco anos ininterruptos na função que exerciam quando da promulgação da Constituição Federal. Assim, em face da ausência de amparo legal, não se deve reconhecer o direito líquido e certo à estabilidade do servidor que passou a integrar os quadros do município após 05.10.1983, em decorrência da municipalização de escola, apesar de ter ingressado nos quadros da escola antes dessa data. - Servidor	151
--	-----

- V. Sentença	236
---------------------	-----

ESTÁGIO PROBATÓRIO - O estágio probatório é o período de exercício do servidor, durante o qual a Administração apura a conveniência ou não de sua permanência no serviço público mediante verificação de requisitos estabelecidos em lei, tais como: idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc. Assim, se um servidor cumular licitamente dois cargos da mesma natureza, numa mesma pessoa jurídica de direito público interno, cumprido o estágio para o primeiro, não tem sentido repetir a exigência para o segundo. - Servidor - Ordem judicial - Preclusão	266
---	-----

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Tratando-se de procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, o art. 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente não impõe a obrigatoriedade da assinatura de testemunhas no auto de infração, prescrevendo referida norma que se colha a assinatura de testemunhas, se possível. Portanto, a assinatura do auto de infração por outros comissários como testemunhas constitui um <i>quid abundat non nocet</i> , um demais que não prejudica, não gerando nulidade.	
---	--

- Constatada a venda de bebida alcoólica a menores de 18 anos, sendo o estabelecimento reincidente, correta é a sentença que, em procedimento de apuração de infração administrativa, condena-o ao pagamento do dobro da multa prevista no art. 249 da Lei nº 8.069/90 (ECA). - Cerceamento de defesa - Julgamento antecipado da lide - Prova - Menor - Bebida alcoólica - Venda para menor - Auto de infração	321
--	-----

ESTUPRO - O estupro, ainda que praticado nas suas formas simples, o que inclui violência presumida, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, é considerado crime hediondo, devendo o seu autor sujeitar-se ao cumprimento da pena integralmente em regime fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, regime este que, conforme entendimento já pacificado pelo STF, guarda perfeita consonância com o art. 5º, XLIII, da CF/88, que estabelece princípios rigorosos no trato desses crimes. - Regime prisional	351
---	-----

- Havendo prova da autoria e da materialidade do crime de estupro, a condenação é de rigor, sendo inadmissível a absolvição. - Crime contra os costumes - Palavra da vítima - Representação -	
---	--

Miserabilidade da vítima - Cerceamento de defesa - Diligência	392
---	-----

- O estupro, praticado na sua forma simples ou com violência presumida, é considerado crime hediondo, ainda que dele não resulte lesão grave ou morte. Assim, em conformidade com o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, impossível de se deferir ao réu a liberdade provisória, pouco importando a sua primariedade, bons antecedentes, ou residência fixa. - Crime hediondo - Representação - Flagrante	396
---	-----

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - De acordo com o atual entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, são considerados crimes hediondos, em cuja hipótese, então, incide a regra insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. - Crime hediondo - Violência presumida - Regime prisional	401
--	-----

- V. Recurso	417
--------------------	-----

EX-COMBATENTE DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL - V. Pensão especial	109
---	-----

EX-MULHER - V. Pensão previdenciária	188
---	-----

EX-SERVIDOR - V. Ipsemg	187
--------------------------------------	-----

EXAME DE SANIDADE MENTAL - Não há que se falar em nulidade do processo por ausência da realização do exame de sanidade mental no acusado, quando em nenhum momento foi requerida a realização da perícia nem surgiu qualquer dúvida acerca da capacidade mental do réu. - Pena - Sentença - Roubo - Palavra da vítima - Conflito aparente de normas - Falta de habilitação e uso de documento falso	356
--	-----

EXAME PSICOTÉCNICO - V. Concurso público	140
---	-----

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. Objeção de pré-executividade	229
---	-----

EXCESSO DE PRAZO - V. Habeas corpus	381
--	-----

EXCESSO IRRELEVANTE OU FORTUITO - V. Legítima defesa	406
---	-----

EXECUÇÃO - A firma individual é mera ficção jurídica, ou seja, nada mais é que a própria pessoa	
--	--

física do comerciante que a constitui, visto que o patrimônio de ambas se confunde, sendo o seu nome o mesmo do comerciante. Dessa forma, numa execução contra a firma individual, deve ser rejeitada a alegação de que o bem penhorado é de propriedade da pessoa física, e não da referida firma individual.

- O processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, I, c/c art. 295, V, do CPC, se aquele que, como parte na execução, pretendendo desconstituir a penhora incidente sobre o seu patrimônio, maneja embargos de terceiro, pois, nesse caso, caberiam embargos à execução.	
---	--

- Se um terceiro arremata fração ideal ou parte de um imóvel indivisível e procede à extinção do condomínio, os demais condôminos que não sejam parte na execução estão legitimados a opor embargos de terceiro para desconstituir a turbacção ou esbulho judicial de seus bens decorrente da penhora. - Bem de família - Embargos de terceiro - Penhora - Impenhorabilidade - Condomínio - Extinção do processo	99
--	----

- V. Honorário de advogado	119
----------------------------------	-----

EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA - V. Sentença	236
--	-----

EXECUÇÃO FISCAL - V. Objeção de pré-executividade	229
--	-----

- Extrapola os limites da Lei Processual e da Lei nº 1.060/50, o deferimento de assistência judiciária e a nomeação pelo juiz, <i>ex officio</i> , de defensor público ao devedor que não se manifestou e nem sequer foi citado por nenhuma das formas previstas em lei, para atuar nos autos de execução fiscal a pretexto de viabilizar a declaração de prescrição da execução, que, por sua vez, também não poderia ser feita de ofício, por contrariar o disposto no art. 219, § 5º, do CPC. - Prescrição - Assistência judiciária - Defensor público	234
---	-----

- A nomeação de defensor público como curador especial só é admissível no caso de réu revel, citado por edital, nos termos do art. 9º, II, do CPC. Tratando-se de execução fiscal, sendo o devedor citado pessoalmente, falta ao defensor público nomeado legitimidade para representar o executado e atuar no processo, sendo nula a sentença que reconheceu a prescrição por ele arguida, a qual também não pode ser decretada de ofício pelo juiz, por versar a causa sobre direito patrimonial. - Defensor público - Curador especial	296
---	-----

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - Na execução por quantia certa, o fato de a inicial não vir acompanhada de demonstrativo atualizado do débito não impede o prosseguimento do feito, se a atualização puder ser feita, mediante simples operações aritméticas de acréscimos de juros moratórios e correção monetária, que podem ser realizadas por determinação judicial.

- A alteração introduzida no art. 614, II, do CPC pela Lei nº 8.953/94 é destituída de cominação de nulidade, pelo que a ausência da memória discriminada do cálculo não enseja a extinção do processo de execução. - Memória discriminada de cálculo - Extinção do processo - Honorário de advogado - Assistência judiciária - Defensor dativo 158

EXTINÇÃO DO PROCESSO - V. Execução 99

- V. Execução por quantia certa 158

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - V. Casamento putativo 334

F

FALÊNCIA - A multa moratória instituída pelo cumprimento de acordo homologado na Justiça do Trabalho possui natureza indenizatória e tem caráter acessório, não podendo, portanto, integrar os créditos habilitados perante a massa falida conforme se depreende do art. 23, parágrafo único, III, do Dec.-lei nº 7.661/43 (Lei de Falências).

- V.v.: - Se a multa decorre de acordo trabalhista homologado antes da falência, admitir-se-á a sua inclusão nos créditos a serem habilitados no processo falimentar. - Habilitação de crédito trabalhista - Multa moratória 262

- A representação judicial da massa falida somente é feita por seu síndico, a teor do art. 63, XVI, do Decreto-lei nº 7.661/45, pois, com a decretação da quebra da empresa, dissociam-se os interesses da empresa, abarcados pela massa falida, e os do seu sócio, impedindo a este pugnar por aquela em juízo.

- As disposições do art. 35 da Lei de Falências - Decreto-lei nº 7.661/45 - não foram recepcionadas pela CF/88, dada a sua colisão com os termos do inciso LVIII do art. 5º, que admite a prisão civil em apenas duas situações: pelo não-pagamento de alimentos e a do depositário infiel,

sendo esta enumeração de natureza taxativa, o que afasta a possibilidade da prisão do falido na hipótese do referido art. 35 da Lei de Quebras. - Prisão civil 295

- V. Multa moratória (STF) 458

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO - V. Falsificação de documento público e uso de documento falso 354

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO - Em face do princípio da consunção, a conduta delituosa descrita no art. 297 absorve aquela prevista no art. 304 do CP, quando o documento falsificado é utilizado pelo próprio autor da falsificação, pois o uso de documento público, em tal circunstância, funciona como pós-fato não punível. Portanto, se o agente retira a fotografia do verdadeiro proprietário do documento e coloca a sua no lugar, passando, em seguida, a usar dito documento, deve responder tão-somente pelo delito previsto no art. 297 (falsificação de documento público).

- A substituição de fotografia de documento verdadeiro constitui alteração de documento público, sendo uma das modalidades das condutas típicas do art. 297 do CP. Assim, mostra-se equivocada a condenação do agente pelo crime previsto no art. 308 do mesmo Código (uso de identidade alheia). - Uso de documento falso - Falsificação de documento - Consunção - Uso de identidade alheia 354

FALTA DE HABILITAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO - V. Conflito aparente de normas 356

FERNANDO NETO BOTELHO, Dr. - Inconstitucionalidade do ISS sobre serviços notariais e registrares - Doutrina 19

FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL - V. Supermercado - Funcionamento 194

FLAGRANTE - As poucas horas decorridas entre a prática da infração e a captura do réu não descaracterizam o flagrante delito, conforme preceitua o inciso III do art. 302 do CPP, pois entende-se que a expressão "logo após" inserida no referido dispositivo legal é para colheita de informações a respeito da identificação do autor e para que os agentes policiais o encontrem. - Crime hediondo - Estupro - Representação 396

FLAGRANTE PREPARADO - Não ocorre o flagrante preparado, se for comprovado que, de fato, o servidor obteve vantagem indevida decorrente da violação de seu dever funcional. - Vantagem indevida - Servidor - Ação civil pública - Prova ilícita - Sigilo bancário - Interesse público 273

FORO COMPETENTE - V. Desapropriação 154

- V. Inventário 171

FORO PRIVILEGIADO - V. Improbidade administrativa 144

FUNÇÃO PÚBLICA - V. Servidor contratado 253/314/318

G

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - V. Infração de trânsito (STJ) 441

GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À PRODUTIVIDADE INDIVIDUAL-GEPI - V. Teto remuneratório 124

GUARDA DE MENOR - O art. 19 da Lei nº 8.069/90 disciplina que, entre os direitos expressamente assegurados à criança, se inclui o da convivência com os pais, não se colocando o menor em família substituta, quando se verifica que se encontra integrado ao seio de sua família, sendo-lhe dispensados todos os recursos materiais de que necessita, bem como o carinho e a estada em ambiente adequado à sua formação moral. O interesse do menor há de ser protegido em face dos constantes conflitos e animosidades envolvendo os familiares, os quais têm tido reflexos diretos no comportamento do menor, necessitando, assim, de uma segurança emocional e orientação firme e estável na sua formação psicológica e educacional. - Direito de visitas 246

- V. Alimentos 137

GUDESTEU BIBER SAMPAIO, Des. - Discurso de despedida da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Notas e comentários 73

H

HABEAS CORPUS - V. Tóxico 365

- É admissível a eventual extrapolação do prazo legal para a formação da culpa, quando se trata de

causa em que as peculiaridades do caso importam maior tempo para o encerramento da instrução. - Excesso de prazo - Prisão preventiva 381

- V. Retificação da sentença de pronúncia em sessão plenária (STJ) 438

- V. Testemunha residente fora da comarca (STF) 449

- V. Incompetência do STF para processar e julgar HC de decisão oriunda de Juizado Especial Criminal (STF) 453

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA - V. Falência 262

HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA - V. Multa moratória (STF) 458

HERANÇA - RENÚNCIA - É substância do ato de renúncia à herança constar expressamente de escritura pública ou termo judicial. A ausência dessa formalidade para manifestar a vontade do declarante implica nulidade. - Ministério Público - Sentença 345

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - Simples existência de emoção por parte do agente não basta para o reconhecimento do privilégio do art. 121, § 1º, do Código Penal. Há de restar demonstrado um impulso emocional decorrente de ato injusto da vítima. Exige-se, outrossim, a sucessão imediata entre a provocação e a reação. Se a reação não se exerce incontinenti à ofensa, mas *ex intervallo*, o que a transforma em vingança intempestiva, não há que se falar em homicídio privilegiado. - Violenta emoção - Legítima defesa 421

HONORÁRIO DE ADVOGADO - A teor do art. 589 do CPC e do § 1º do art. 24 da Lei nº 8.906/94, a execução de honorários de advogado far-se-á nos autos principais. - Execução - Dissolução irregular de sociedade - Responsabilidade dos sócios - Desconsideração da personalidade jurídica 119

- V. Defensor dativo 158

- V. Consignação em pagamento 249

- V. Ação rescisória 285

- V. Retirada dos autos de cartório pelo advogado para recorrer (STJ) 433

ICMS - Não provada a alegação do devedor, nos termos do art. 333, I, do CPC, de que as motocicletas por ele importadas do exterior se destinavam ao seu próprio uso e considerando o teor da Súmula nº 198 do STJ, que orienta no sentido de que, na importação de veículo destinado a uso próprio por pessoa física, incide o ICMS, impõe-se o improvimento da apelação contra a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal. - Veículo 260

- Estabelece o art. 171 do Decreto nº 38.104/96 - RICMS - que os livros contábeis poderão, a cargo da Administração Fazendária, ser guardados e mantidos com o contabilista, ficando este, com isso, responsável solidariamente pelas informações prestadas, e o § 2º do dispositivo citado preceitua que tal permissão poderá ser cassada, a qualquer tempo, nas hipóteses que menciona, dentre as quais uma de relevante importância para o Fisco, que é a de o contabilista praticar ou concorrer para a prática de procedimentos lesivos à Fazenda Pública. Assim, se detectada pela Administração a ocorrência de condutas do profissional contabilista que venham a acarretar lesão ao erário, a primeira providência a ser tomada será a cassação da autorização de manutenção dos livros contábeis que estavam sob sua guarda, atitude pautada na legalidade, que se revela razoável e proporcional, uma vez que, agindo assim, a Administração estará atuando em harmonia com o devido processo legal na aplicação e na execução das regras e das sanções dispostas no Decreto nº 38.104/96, que instituiu o RICMS. - Livros fiscais 298

IDENTIDADE DE PARTES - V. Coisa julgada 207

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - V. Legitimidade ativa *ad causam* 94

ILUMINAÇÃO PÚBLICA - V. Ação civil pública 103

- V. Taxa de iluminação pública 242

IMÓVEL - V. Doação 179

IMÓVEL - DEMOLIÇÃO - Postulada ordem judicial de expedição de autorização para demolição de imóvel que se encontra submetido a processo administrativo de tombamento, por se enquadrar entre os bens considerados de valor histórico do

município, há de se inverter o risco em favor do Poder Público, em razão do caráter satisfativo e da irreversibilidade dos efeitos da liminar, bem como em obséquio do que dispõem os arts. 23, III e IV, e 216, § 1º, da Constituição Federal. - Mandado de segurança - Tombamento - Liminar - Patrimônio histórico 149

IMPENHORABILIDADE - V. Bem de família 99

- V. Penhora 208

IMPOSTO - V. IPTU (STJ) 446

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - As sanções previstas na Lei nº 8.429/92 possuem natureza civil, o que é reconhecido pela própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º.

- A alteração da competência jurisdicional inserida no art. 84 do CPP pela Lei nº 10.628/02, para determinar o julgamento das ações por improbidade administrativa contra aqueles que gozam de foro privilegiado perante o tribunal competente, conquanto de duvidosa constitucionalidade, somente se aplica a partir da data de sua publicação, ocorrida em 26.12.02, à vista dos princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica.

- Mesmo para as contratações excepcionais, a Administração Pública, à vista de todos os princípios que norteiam seu regime jurídico, não deve afastar o seu dever de providenciar uma seleção de candidatos, mediante procedimento célere e simplificado, que assegure a igualdade de todos os possíveis interessados. A inobservância de tal providência e a inexistência de lei local delineando os casos em que seria possível a contratação temporária ensejam a anulação das contratações e a punição da autoridade envolvida.

- Na aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.249/92 sobre improbidade administrativa, há que se respeitar o princípio da razoabilidade, que nada mais é senão uma das expressões modernas da concepção romana da equidade, a suprema *ratio legis* ou a *religio iudicantis*. - Administração pública - Foro privilegiado - Competência jurisdicional - Princípio da razoabilidade - Princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica - Ação civil pública - Inquérito civil - Prova 144

- Para que se verifique o ato de improbidade administrativa, não basta a simples ocorrência das diversas

condutas elencadas nos incisos dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, sendo necessária também a verificação do dano, que se consubstancia na lesão ao erário. Assim, sem a existência do efetivo dano patrimonial aos cofres públicos, não se configura o ato de improbidade, não nascendo para o administrador o dever de indenizar. - Dano ao erário - Indenização 202

- É ilegal o contrato firmado entre o município e o particular, seja de permissão de uso de bem público, seja de comodato, se não houve a devida autorização legislativa, conforme previsão na lei local, nem teve como motivação o interesse público, devendo, portanto, ser confirmada a sentença que o declarou nulo.

- Declarado nulo o contrato de comodato, os direitos sobre o bem imóvel são automaticamente restituídos ao município-contratante, tornando inexistente o título que ampara a posse do contratado. Deve, assim, ser determinada a sua imediata desocupação, uma vez que extintos todos os direitos advindos do referido contrato.

- O prefeito que celebra contrato de comodato com particular sem autorização legislativa comete ato de improbidade administrativa, ainda que não tenha ocorrido lesão ao erário. Neste caso, o ato deve ser capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, para o qual são cominadas as penalidades do art. 12, inciso III, da referida lei. Isso porque, embora não tenha ele causado prejuízo aos cofres públicos, infringiu os princípios da Administração Pública, entre os quais se encontra o da legalidade, o que afasta a hipótese de ressarcimento, mas não a aplicação de outras penas com vistas a moralizar a atividade administrativa, nos termos do art. 21, I, da mesma Lei nº 8.429/92. - Comodato 324

INCÊNDIO - O crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem. 425

INCLUSÃO DE NOME DE DEVEDOR DO IPTU NO SERASA - V. Dano moral 162

INCOMPETÊNCIA DO STF PARA PROCESSAR E JULGAR HC DE DECISÃO ORIUNDA DE JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL - O *habeas corpus* foi impetrado perante o TJMG contra decisão de Juiz de Direito com jurisdição no Juizado Especial de Guapé/MG.

- O Desembargador Relator no TJMG declinou da competência para a Turma Recursal de Passos/MG.

- Esta declinou da competência para este Tribunal, porque o seu Regimento Interno não prevê a competência para julgar *habeas corpus*.

- Compete a este Tribunal, originariamente, processar e julgar *habeas corpus* contra decisão denegatória de similar, proferida por Turmas Recursais de Juizados Especiais Criminais (CF, 102, I, *l*). Precedentes.

- O fato de o Regimento Interno da Turma Recursal de Passos/MG não incluir o *habeas corpus* em sua competência não faz com que a mesma se desloque para este Tribunal.

- Há previsão constitucional no sentido de que a competência para examinar os recursos das decisões emanadas pelos Juizados Especiais é das Turmas Recursais (CF, art. 98, I).

- A lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais regulamentou a competência das Turmas Criminais para julgar os recursos interpostos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 41, §§ 1º e 2º).

- Reconhecida a incompetência deste Tribunal para conhecer e examinar o presente *writ*.

- *Habeas* não conhecido. (STF) 453

INCONSTITUCIONALIDADE DO ISS SOBRE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS - Dr. Fernando Neto Boteho - Doutrina 19

INDENIZAÇÃO - V. Dano moral 162/243

- V. Desapropriação 185

- V. Responsabilidade civil do município 198

- V. Improbidade administrativa 202

- V. Servidão administrativa 216

- V. Possessória 226

INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS - V. Concubinato 338

INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - V. Câmara Municipal 215

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - Caracterizado o excesso de velocidade em via arterial, plenamente cabível a aplicação de multa de trânsito aplicada por radar eletrônico fixo, estabelecendo o parágrafo único da Deliberação nº 29, de 19.12.2001, do Contran, a dispensa da presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, no local da infração, quando utilizado o medidor de velocidade fixo.

- Observados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), com prévia notificação da autuação de multas, é legal o emprego de sanção administrativa. - Multa de trânsito - Radar 327

- 1. Impossibilidade de conhecimento do recurso no tocante à arguição de incompetência da Câmara que julgou a apelação, uma vez que, apesar da oposição de embargos de declaração, que foram rejeitados, a recorrente não sustentou violação do art. 535, II, do CPC.

- 2. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) prevê duas notificações, a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado se concede a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

- 3. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

- 4. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as identificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do *iter* procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

- 5. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing*, não pode impor aos administrados sanções

que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que *in casu* se opera pelas notificações apontadas no CTB.

- 6. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração se segue a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no art. 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (arts. 2º e 1º, respectivamente, do Contran).

- 7. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282 do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290 do CTB.

- 8. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade, a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

- 9. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do eg. STJ e com a do eg. STF, as quais, malgrado admitam à Administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

- 10. No mesmo sentido é a *ratio essendi* da Súmula 127 do STJ, que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

- 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (STJ) 441

INQUÉRITO CIVIL - O inquérito não constitui condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação civil pública. O Ministério Público pode dele prescindir, se já tiver os elementos de convicção necessários para ingressar em juízo.

- As provas colhidas em inquérito civil servem apenas para mostrar ao juiz, de início, a plausibilidade da pretensão deduzida. A fase oportuna para produção de provas, com observância do contraditório

e da ampla defesa é a judicial. - Prova - Ação civil pública - Foro privilegiado - Competência jurisdicional - Administração Pública - Improbidade administrativa - Princípio da razoabilidade - Princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica 144

INTERESSE PÚBLICO - V. Sigilo bancário 273

INTERROGATÓRIO - V. Citação 412

INTIMAÇÃO - V. Ministério Público 205

- V. Agravo de instrumento 311

INVENTARIANTE - O inventariante somente pode ser arguido de sonegação após as últimas declarações, momento no qual ele afirma inexistirem outros bens a inventariar. - Sonegação de bens 233

INVENTÁRIO - Nos termos do art. 96, *caput*, do CPC, é competente para processamento e julgamento do inventário o foro do domicílio do autor da herança. Caso o mesmo não tenha domicílio certo, o foro competente será o da situação dos seus bens. Foro competente 171

- O seguro de vida passa a existir em nome do beneficiário com a morte do *de cujus*. Tal soma, por não integrar o patrimônio presente ou futuro do falecido, não pertence ao acervo hereditário, não podendo, por isso, fazer parte do inventário, inclusive por sua natureza de verba indenizatória. Assim, o juízo comum é o competente para conhecer e julgar a ação proposta para se discutir o direito ao recebimento de seguro deixado por falecido. - Seguro de vida 258

- A simples informação, em processo de inventário, pela Fazenda Pública, de débito atribuído a sociedade de responsabilidade limitada da qual o *de cujus* era sócio não é hábil a sustentar o sobrestamento ou a extinção do processo, se não quitado o tributo reclamado, pois somente haveria responsabilidade por parte do espólio se a Fazenda Pública demonstrasse que o falecido, ao tempo em que era sócio, tivesse agido com excesso de poder ou infração de lei, conforme dispõe o art. 135, III, do CTN. - Débito fiscal 284

- O inventário não é a via própria para a companheira postular o reconhecimento da união estável ou da sociedade de fato e da sua consequente condição de meeira do espólio, em face da ausência do contraditório e da indispensável ampla defesa

nesse procedimento, devendo a parte interessada, previamente, socorrer-se da via apropriada.

- A companheira deve valer-se das vias ordinárias para comprovar ter mantido união estável ou sociedade de fato com o autor da herança e legitimar sua condição de inventariante, não se prestando para tal simples justificação judicial, cuja natureza não tem caráter de sentença nem, a rigor, se observa o princípio do contraditório, por ser mero procedimento de jurisdição voluntária, cabendo ao magistrado, apenas, homologá-la sem, contudo, adentrar o mérito da ação principal que vier a ser proposta. - União estável - Companheira - Justificação judicial 330

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Se, na investigação de paternidade anteriormente ajuizada, não ficou constatada a paternidade, por ausência de provas, é possível o ajuizamento de outra investigação, sem que ocorra a coisa julgada, pois o direito de o filho saber quem é seu pai é indisponível, não estando sujeito à coisa julgada, se não foram exauridos todos os meios para a averiguação dessa paternidade. 300

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA - A procedência do pedido de herança, como decorrência do sucesso da investigação de paternidade, possui o efeito de desconstituir a eventual partilha nos autos do inventário, independentemente da ação anulatória. Não obstante, o efeito anulatório da partilha anterior não tem o condão de constituir novos pagamentos aos herdeiros de seus respectivos quinhões, o que se deve fazer nos autos do inventário ou arrolamento, através de simples retificação. Daí por que não procede a pretensão do autor vitorioso naquela demanda de se aposar materialmente da sua cota-parte hereditária. - Partilha 231

IPSEMG - Não pode, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito, a Lei Complementar Estadual 64/02 retroagir para restringir o direito reconhecido ao servidor desvinculado do serviço público de manter seu contrato de contribuinte facultativo celebrado com o Ipsemg sob a vigência da Lei Estadual 1.195/54. - Ex-servidor 187

- A falta de recolhimento das contribuições previdenciárias e o fato de se estar questionando na Justiça a constitucionalidade da cobrança das mesmas não constituem motivo para afastar o dever legal do Ipsemg de prestar assistência

médica e hospitalar ao segurado e a seus dependentes, máxime em se tratando de servidor público aposentado, que já contribuiu por anos para o instituto. - Contribuição previdenciária - Assistência médica e hospitalar 218

IPTU - 1. Os impostos, diversamente das taxas, têm como nota característica sua desvinculação a qualquer atividade estatal específica em benefício do contribuinte.

- 2. Consectariamente, o Estado não pode ser coagido à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos, quer em virtude da natureza desta espécie tributária, quer em função da autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas.

- 3. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontrado nas relações de consumo.

- 4. O Estado no exercício do *ius imperii*, que encerra o Poder Tributário, subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor. Sob esse ângulo, o CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis*, que é o CDC.

- 5. Recurso especial desprovido. (STJ) 446

ISSQN - A lista de serviços que integra o Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, é taxativa, não admitindo interpretação exemplificativa para permitir a tributação de operações não eleitas como fato gerador pelo legislador, conforme se depreende do inciso III do art. 156 da CF/88. Assim, os serviços prestados por instituição financeira que não se enquadram na referida lista não podem sofrer a incidência do ISSQN.

- As atividades realizadas por estabelecimento bancário que não se dirigem ao seu fim precípua, tratando-se de meras recomposições, reembolsos, cobranças de ressarcimentos de custos de processo, estando relacionadas às atividades internas do banco, não se sujeitam à incidência do ISSQN, eis que não constituem serviços bancários propriamente ditos, não se traduzindo numa prestação de serviço para o fim de incidência do referido tributo. - Banco 163

- O recolhimento de entulhos, tal como praticado na Cidade de Belo Horizonte, não se resume simplesmente à locação de caçambas, pois abrange o transporte, a colocação de caçambas coletoras, bem como o posterior recolhimento dessas caçambas, com a remoção e deposição de entulho, lixo e resíduos, sujeitando-se, portanto, ao ISSQN. 219

- Uma entidade de prestação de serviços de auditoria, consultoria, assessoria e perícia está, por via de regra, entre as sociedades prestadoras de serviços profissionais elencados pelo Decreto-lei nº 406/68 e, portanto, é tributável, pelo regime fixo anual por profissional habilitado que nela atue. A legislação aplicável (Decretos-leis nº 406/68 e nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 150, § 6º, ademais, não implicou derrogação específica do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68. 289

JOAQUIM FRANCISCO DE FARIA, Desembargador
- Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro
- Júnia Diniz 15

JUIZ DE PAZ - O cargo de Juiz de Paz é eletivo, não lhe sendo aplicada a limitação septuagenária imposta aos servidores públicos, até mesmo por não ser assegurada aos titulares de tal cargo a aposentadoria especial. Assim, o Juiz de Paz não perde o cargo por implemento de idade, mas sim após a realização de novas eleições sob orientação da Justiça Eleitoral (art. 117, parágrafo único, da CE e art. 27 da Lei Estadual nº 13.454/00). 200

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (TURMA RECURSAL) E TRIBUNAL DE ALÇADA - V. Conflito de competência 88

JUIZES SÃO DIFERENTES OU FAZEM A DIFERENÇA? Os - Dr. Roberto Apolinário de Castro - Notas e comentários 83

JUIZO AD QUEM - V. Pena 386

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - O juiz é o destinatário da prova produzida nos autos, competindo-lhe avaliar a conveniência e a necessidade ou não da realização de provas, indeferindo as protelatórias ou imprestáveis. Assim, estando ele convencido da inutilidade de produção de mais provas, quando o processo já contém os elementos

probatórios suficientes para o desate da controvérsia, o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa. - Cerceamento de defesa - Prova - Estatuto da Criança e do Adolescente - Menor - Bebida alcoólica - Venda para menor - Auto de infração 321

JÚNIA DINIZ - Desembargador Joaquim Francisco de Faria - Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro 15

- A última pena de morte executada no Brasil - Nota histórica - Memória do Judiciário Mineiro 17

JÚRI - Anula-se o julgamento, se não foi submetido aos jurados quesito obrigatório relativo à tese defensiva de desclassificação do homicídio qualificado para a modalidade culposa. - Quesito 364

- Não tendo sido a alegação de irregularidade no tocante à formulação e redação dos quesitos apresentada em tempo oportuno, conforme demonstra a ata do julgamento, ocorreu a preclusão.

- É entendimento jurisprudencial pacífico que a presença de vício na elaboração de quesito somente acarreta a nulidade do julgamento, caso não seja possível conhecer a vontade do Conselho de Sentença.

- Entendendo o tribunal *ad quem* ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, deverá cassá-la, a fim de que o acusado seja submetido a novo julgamento. Caso contrário, seria invadir a competência constitucional do juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

- Se a decisão não está divorciada dos elementos dos autos, impossível a sua cassação. - Quesito - Decisão contrária à prova dos autos - Legítima defesa - Motivo fútil 374

- Nulo é o julgamento, se, após acatar a tentativa de homicídio, o Júri reconhece que o acusado desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do delito. - Desistência voluntária 377

- Se, por ocasião da quesitação, a defesa não se manifestou contrariamente em relação à ordem dos quesitos e se esta obedeceu à melhor técnica jurídica, não se vislumbrando prejuízo, não há que se falar em nulidade.

- Se o Tribunal do Júri opta por uma das teses existentes nos autos - acusação ou defesa -, deve-se

manter a decisão soberana dos jurados, prevalecendo o que está consignado na ata e no termo de votação. - Quesito - Nulidade - Sentença - Pena - Juízo *ad quem* 386

- V. Legítima defesa 406

- Há que se exigir do exercício de julgar, ainda que se trate de tribunal leigo e de julgamento soberano, a coerência, como expressão do julgamento.

- A incongruência das respostas dadas nas duas séries de quesitos demonstra, a toda evidência, a contradição dos jurados ao decidir um mesmo fato criminoso, impondo-se a anulação do julgamento para que a outro possa ser submetido o réu. - Quesito 423

JUROS - V. Cédula de crédito industrial 156

JUROS REAIS - O § 3º do art. 192 da CR/88, que limita a taxa de juros reais a 12% ao ano, não é auto-aplicável, conforme orientação do STF no RE 195.967/3-MG. - Cédula de crédito industrial - Juros - Código de Defesa do Consumidor 156

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - V. Inventário 330

- K -

KELSEN DO PRADO CARNEIRO, Des. - Discurso de saudação ao Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, na sua posse como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Notas e comentários 77

- L -

LAUDO PERICIAL - V. Tóxico 419

LEGÍTIMA DEFESA - V. Absolvição sumária 370

- Rejeita-se a tese de legítima defesa se a vítima estava desarmada e embriagada, não sendo crível que tenha agredido o acusado, com quem sequer havia discutido e que se encontrava, ainda, acompanhado de um amigo. - Motivo fútil - Júri - Quesito - Decisão contrária à prova dos autos 374

- O excesso irrelevante, ou fortuito, é incapaz de descharacterizar a legítima defesa, a qual não pode ser afastada pelo fato de o Júri reconhecer o excesso e, na sequência dos quesitos, negar a forma culposa ou dolosa.

- Se o excesso tiver resultado de uma intenção lícita e natural, se a ação excessiva for a continuação da intenção de defesa, que se expressa em atos no mundo interior, fará parte integrante da própria defesa e dela não poderá separar-se.

- A perturbação do ânimo produzida pelo ataque impede a ação dentro dos estritos limites do lícitamente permitido e impossibilita o agente de distinguir entre reação excessiva e reação necessária, situação em que não haverá dolo, por falta-lhe consciência do excesso, inexistindo também culpa, restando configurado o fortuito.

- A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária e inteiramente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes, a teor da Súmula nº 28 do TJMG. - Excesso irrelevante ou fortuito - Juri - Quesito - Prova 406

- A legítima defesa não pode ser reconhecida na conduta de quem, após inicial discussão, se retira e retorna armado para tomar satisfações ou desafiá-la a vítima, ceifando-lhe a vida. - Homicídio privilegiado - Violenta emoção 421

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - Legitimado para a ação, no pólo ativo, está aquele que se apresenta na inicial como titular de um direito resistido por outrem. Se após a colheita da defesa e a realização da instrução apurar-se que o autor não é titular daquele direito que se arvora, a hipótese será de improcedência, e não de ilegitimidade ativa *ad causam*, já que as condições da ação restaram intactas.

- Se o juiz de primeiro grau apreciou o mérito, mas declarou que extinguiu o processo sem o apreciar, o julgador de segundo grau não pode se submeter a tal erro de perspectiva, não podendo com ele conformar-se. Em tais circunstâncias, reconhecendo que houve julgamento de mérito e que as ilegitimidades ativa e passiva *ad causam* constatadas na sentença se referem a direito material controvertido, deve-se deduzir pela possibilidade de, em reexame necessário, concluir pela procedência ou improcedência do pedido. - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Legitimidade passiva *ad causam* de ex-prefeito - Convênio - Município - Recursos repassados ao município - Ressarcimento de danos ao erário 94

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - V. Legitimidade ativa *ad causam* 94

- V. Mandado de segurança 253

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE EX-PREFEITO - V. Convênio 94

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL

- Nº 50, de 1998 106
- Nº 64, de 2002 187

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL

- Nº 56, de 1987 163/289

LEI ESTADUAL

- Nº 1.195, de 1954 187
- Nº 5.301, de 1969 106
- Nº 5.301, de 1969 - Art. 5º, parágrafo único 140
- Nº 9.380, de 1986 - Art. 7º, I 203
- Nº 13.166, de 1999 158
- Nº 13.454, de 2000 - Art. 27 200

LEI FEDERAL

- Nº 1.060, de 1950 234
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 4º 303
- Nº 1.533, de 1951 (Lei do Mandado de Segurança) 136
- Nº 5.478, de 1968 210
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 212 (Lei de Registros Públicos) 264
- Nº 6.368, de 1976 365
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 12 388/412/427
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 16 419/431
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 18, III 388
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 22, § 5º 419
- Nº 6.766, de 1979 - Art. 50, I, parágrafo único, I e II 409/415
- Nº 8.009, de 1990 - Art. 1º 99
- Nº 8.059, de 1990 - Art. 19 109
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 1º (Estatuto da Criança e do Adolescente) 246
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 61 132
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 146 174
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 194 321
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 249 321
- Nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) 373/388/419
- Nº 8.072, de 1990 - Art. 2º, § 1º 351/401/429
- Nº 8.072, de 1990 - Art. 2º, § 2º 417
- Nº 8.072, de 1990 - Art. 2º, II 396
- Nº 8.078, de 1990 - Arts. 2º e 3º (Código de Defesa do Consumidor) 156
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 43 162
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 51, XIII 103
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 52, § 1º 156
- Nº 8.429, de 1992 - Arts. 9º e 10 202
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 11 324

- Nº 8.429, de 1992 - Art. 12 144
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 12, III 324
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 21, I 324
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 17 (Lei de Licitações) 276
- Nº 8.666, de 1993 - Arts. 24, 25 e 26 276
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 90 359
- Nº 8.906, de 1994 - Art. 24, § 1º 119
- Nº 8.953, de 1994 158
- Nº 9.099, de 1995 - Art. 41, §§ 1º e 2º 453
- Nº 9.139, de 1995 311
- Nº 9.494, de 1997 - Art. 2º-B 236
- Nº 9.503, de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) 356/441

- Nº 9.610, de 1998 - Art. 110 240
- Nº 9.714, de 1998 (Lei das Penas Alternativas) 361
- Nº 10.409, de 2002 - Art. 38 419
- Nº 10.628, de 2002 144

LESÃO CORPORAL - V. Suspensão condicional do processo - Réu revel 347

- V. *Sursis* 347

- V. Pena 347

LIBERDADE PROVISÓRIA - V. Prisão preventiva 350

LICITAÇÃO - Em mandado de segurança impetrado por licitante contra sua inabilitação em processo licitatório, não se consideram litisconsortes passivos necessários os demais licitantes, por não configurarem, naquele instante inicial do processo, partes beneficiadas diretamente com o ato impugnado.

- Na fase de habilitação do procedimento licitatório, a Administração Pública tem o dever de verificar a aptidão do concorrente para garantir o cumprimento das obrigações objeto do contrato, sendo analisados, principalmente, os seguintes aspectos: regularidade jurídica e fiscal do licitante, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Se o conjunto probatório dos autos demonstra que foram utilizados critérios objetivos no julgamento da capacidade técnica das empresas licitantes, previstos de forma clara e objetiva no edital, não tendo a impetrante demonstrado, através dos atestados juntados no processo licitatório, o preenchimento dos critérios editalícios, não se há falar em ilegalidade no ato de sua inabilitação no certame e, conseqüentemente, não há direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança. - Litisconsórcio passivo necessário - Mandado de segurança 111

- V. Transporte 276

- A Administração, na faculdade de seu poder de autotutela, deve anular o processo licitatório, desde que constatado vício de ilegalidade. Para tanto, o ato de anulação deve ser precedido de oportunidade de defesa e acompanhado de parecer escrito devidamente fundamentado. - Conexão ou continência - Ação civil pública e mandado de segurança - Mandado de segurança e ação civil pública - Assistência judiciária 303

LIMINAR - V. Mandado de segurança 149

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - V. Licitação 111

LITISCONSORTE NECESSÁRIO - O comparecimento espontâneo de litisconsorte necessário aos autos, demonstrado por intermédio de contestação, supre eventuais irregularidades em sua citação. - Citação - Embargos de declaração - Prazo - Testamento - Doação 127

LIVROS FISCAIS - V. ICMS 298

LOTE ENCRAVADO - V. Desapropriação 185

LOTEAMENTO IRREGULAR - Promover o desmembramento de área, dividindo-a em lotes, para fins urbanos, sem licença do órgão público competente, manifestando o loteador intenção inequívoca de vendê-los, além de destituído de título de legítimo proprietário, constitui o crime previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79, com as qualificadoras descritas nos incisos I e II do parágrafo único do citado artigo. - Crime contra a Administração Pública 415

M

MANDADO DE SEGURANÇA - V. Concurso público 92

- V. Licitação 111

- Não conflitando as normas do CPC com as da Lei nº 1.533/51, é cabível o agravo de instrumento em mandado de segurança. - Agravo de instrumento 136

- As liminares, em mandado de segurança, pressupõem a possibilidade de reversão da medida, no caso de não se conceder a ordem, bem como não são deferidas como antecipação dos efeitos de

sentença que venha a favorecer o impetrante. - Liminar - Imóvel - Demolição - Tombamento - Patrimônio histórico	149
- V. Supermercado - Funcionamento	194
- V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude	196
- V. Câmara Municipal	215
- Tratando-se de mandado de segurança, a autora- de coatora é aquela que praticou o ato adminis- trativo questionado, ainda que o tenha feito em razão de competência vinculada. Então, se da análise dos autos se constata que foi a autoridade apon- tada na inicial quem praticou o dito ato, não há falar-se em ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> .	
- Estando a pretensão fundada exclusivamente na Emenda Constitucional nº 49/01, que é manifes- tamente inconstitucional e cuja eficácia já está sendo discutida por meio de ação direta de inconstitucionalidade, não há direito líquido e certo a ser preservado por via de mandado de segurança. - Legitimidade passiva <i>ad causam</i> - Autoridade coatora - Servidor contratado - Efetivação	253
- V. Concurso público	268
- V. Câmara municipal	281
- V. Autoridade coatora	301
- V. Retirada dos autos de cartório pelo advogado para recorrer (STJ)	433
MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS, Des. - Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Notas e comentários	79
MARIDO - V. Pensão	203
MEIO AMBIENTE - V. Obras de aterramento de lagoa	116
MEMÓRIA DISCRIMINADA DE CÁLCULO - V. Execução por quantia certa	158
MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Desembargador Joaquim Francisco de Faria - Nota biográfica - Júnia Diniz	15

- A última pena de morte executada no Brasil - Nota histórica - Júnia Diniz	17
MENOR - V. Poder familiar	138
- V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude	196
- V. Estatuto da Criança e do Adolescente	321
MENOR - TRABALHO - Compete ao Juízo Estadual da Infância e da Juventude autorizar, por intermê- dio de alvará, o trabalho de adolescente nos ter- mos da combinação dos arts. 405, § 2º, e 406 da CLT com o art. 61 da Lei nº 8.069/90-ECA, eis que a Justiça Federal não dispõe de órgão pró- prio de infância e juventude.	
- Os direitos e garantias individuais constituem cláusu- las pétreas, não podendo ser alterados por emen- da constitucional, conforme se infere do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Assim, uma vez que a alteração do inciso XXXIII do art. 7º, feita pela Emenda nº 20/98, envolve direito individual previsto no art. 5º, XIII, da Carta Magna, pode ser declarado inconstitucional em procedimento singular de jurisdição voluntária, em controle difuso de constitucionalidade, com efei- to <i>inter partem</i> , não <i>erga omnes</i> , não fazendo coisa julgada, estando implícita a cláusula <i>rebus sic stan- tibus</i> . - Competência - Controle difuso de constitu- cionalidade	132
- Compete à Justiça Estadual comum (Juízo da Infância e da Juventude) expedir alvará para autorizar o trabalho de menor com idade entre quatorze e dezesseis anos, nos termos dos arts. 405 e 406 da CLT e art. 146 da Lei nº 8.069/90 (ECA), não tendo a interveniência da União o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, se não restar demonstrado seu interesse e competência para a causa.	
- O trabalho de menor com idade entre quatorze e dezesseis anos é concebível, via de regra, ape- nas se realizado na condição de aprendiz, conso- ante o art. 7º, XXXIII, da CF/88. Todavia, no caso de tratar-se de trabalho compatível com a saúde física, psíquica e social, que garanta a fre- quência do menor à escola, não seja trabalho noturno, perigoso, penoso ou insalubre, que con- sagre a condição peculiar do menor e que se aten- ha à capacitação profissional, é permitido, pois o art. 227 da CR/88 assegura, com prioridade, o direito à profissionalização e o dever de manter o menor a salvo de qualquer tipo de negligência.	

- V.v.: - Conforme se infere dos arts. 108, II, e 109, I, da CF/88, compete ao Tribunal Regional Federal processar recurso de apelação proposto pela União Federal contra sentença que deferiu alvará para autorizar o trabalho a menor, proferida por juiz estadual, mas que estava no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, por não ser a comarca sede de vara do juízo federal. - Competência	174
MENOR - VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA - V. Estatuto da Criança e do Adolescente	321
MINISTÉRIO PÚBLICO - V. Ação civil pública de execução	182
- Nas ações em que há obrigatoriedade de interven- ção do Ministério Público, a falta de intimação do seu representante enseja a nulidade do processo. Entretanto, se, havendo a necessária intimação, o representante do <i>Parquet</i> deixa injustificada- mente de comparecer ao ato, não se pode falar em nulidade baseada no artigo 246 do Código de Processo Civil.	205
- Se o Ministério Público foi regularmente intimado para os termos da ação, a ausência de sua inter- venção no processo, devido a eventual omissão, engano ou displicência por parte dele, não causa nulidade, uma vez que o CPC se contenta com a intimação para a validade do processo, não exi- gindo que a intervenção ministerial seja real, eficaz ou proveitosa. - Sentença - Herança - Renúncia	345
- V. Tóxico	365
MISERABILIDADE DA VÍTIMA - V. Crime contra os costumes	392
MOTIVO FÚTIL - Caracterizada está a qualificadora de motivo fútil se do conjunto probatório restou evidenciado que o homicídio foi praticado em razão de uma dívida de aproximadamente vinte reais. - Legítima defesa - Júri - Quesito - Decisão contrária à prova dos autos	374
MOTOTÁXI - V. Transporte	276
MULTA DE TRÂNSITO - A interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade da multa de trânsito, que só será exigível após o trânsito em julgado da decisão. Assim, havendo recurso pendente de julgamento, a multa não constitui ônice à concessão do certificado de registro e	

licenciamento do veículo nem à sua transferência. Logo, é vedado à autoridade administrativa condi- cionar a emissão de documento obrigatório ao recolhimento de multa cujo recurso ainda não foi apreciado. - Recurso administrativo	343
- V. Infração de trânsito (STJ)	441
MULTA DE TRÂNSITO - RADAR - V. Infração de trânsito	327
MULTA DIÁRIA - V. Obrigação de dar	237
MULTA MORATÓRIA - V. Falência	262
- A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.	
- A multa fiscal moratória, por qualificar-se como san- ção de caráter administrativo, não se inclui no crédito habilitado em falência. A Súmula 565/STF, por revelar-se compatível com a Constituição, de 1988, foi por esta recepcionada, subsistindo, em consequência, em sua integralidade. Precedentes. (STF)	458
MUNICÍPIO - V. Convênio	94
- V. Legitimidade ativa <i>ad causam</i>	94
- V. Dano moral	162
- N -	
NOMEAÇÃO - ANULAÇÃO - V. Servidor	252
NORMA DE EFEITO CONCRETO - V. Portaria do Juizado da Infância e da Juventude	196
NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Joaquim Francisco de Faria - Memória do Judiciário Mineiro - Júnia Diniz	15
NOTA HISTÓRICA - A última pena de morte execu- da no Brasil - Memória do Judiciário Mineiro - Júnia Diniz	17
NOTAS E COMENTÁRIOS - Discurso do Excelentíssimo Senhor Segundo Vice-Presidente do TJMG em homenagem a Desembargadores e Juizes, por ocasião de suas aposentadorias - Des. Bady Raimundo Curí	69

- Discurso de despedida da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Gudestev Biber Sampaio 73

- Discurso de saudação ao Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, na sua posse como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Kelsen do Prado Carneiro 77

- Discurso de posse na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins 79

- Os juízes são diferentes ou fazem a diferença? - Dr. Roberto Apolinário de Castro 83

NOTÍCIA DE JORNAL - V. Dano moral 243

NOTIFICAÇÃO - V. Infração de trânsito (STJ) 441

NULIDADE - V. Juri 386

NULIDADE PROCESSUAL - A inobservância do disposto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 gera nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, que seja arguida em tempo oportuno, sob pena de preclusão, e, ainda, que haja demonstração de prejuízo, ante o princípio consagrado no art. 563 do CPP: *pas de nullité sans grief*. - Tóxico - Tráfico - Laudo pericial 419

O

OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - A objeção de pré-executividade consiste num incidente processual que tem sido admitido em caráter excepcional, desde que envolva interesse público e esteja cabalmente provado que a dívida não existe ou já foi extinta. Se houver necessidade de dilação probatória para demonstrar que o credor não pode executar o devedor, inadmissível é a exceção de pré-executividade, cabendo ao devedor defender-se, nesse caso, por intermédio de embargos.

- O questionamento acerca de regularidade na constituição de crédito tributário somente pode ser deduzido em embargos do devedor, sendo inviável a objeção de pré-executividade, porque a matéria não se insere em tema de interesse público e desafia dilação probatória. - Apelação dupla - Princípio da irrecurribilidade - Crédito tributário - Exceção de pré-executividade - Execução fiscal 229

OBRAS DE ATERRAMENTO DE LAGOA - Evidenciados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, é de se manter a decisão concessiva de liminar para paralisação das obras de aterramento de lagoa, negando-se provimento ao recurso interposto. - Agravo de instrumento - Cautelar - Meio ambiente 116

OBRIGAÇÃO DE DAR - Deve ser indeferido o pedido de aplicação de multa diária nos casos em que a obrigação do município seja de dar, e não de fazer. - Obrigação de fazer - Multa diária - Servidor - Atividade administrativa - Controle da legalidade - Terço de férias 237

OBRIGAÇÃO DE FAZER - V. Sentença 236

- V. Obrigação de dar 237

OPOSIÇÃO - A oposição é dirigida contra o autor e contra o réu, ao mesmo tempo, nos termos do art. 56 do *Civile Adjectio Codex*. Sendo a ação de intervenção incidente, só pode ser proposta por alguém que não é parte da ação-base, ou seja, somente o terceiro pode ajuizar ação de oposição. 126

ORDEM JUDICIAL - Ao juiz, em conformidade com o art. 337 do CPC, é facultado determinar à parte que prove o teor e a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Assim, se a parte descumpra a ordem judicial, opera-se a preclusão. - Preclusão - Estágio probatório - Servidor 266

OUTORGA UXÓRIA - V. Desapropriação indireta 322

P

PALAVRA DA VÍTIMA - V. Roubo 356

- V. Crime contra os costumes 392

PARTILHA - V. Dissolução de sociedade de fato 189

- V. Investigação de paternidade cumulada com petição de herança 231

- V. Separação judicial litigiosa 238

PATRIMÔNIO HISTÓRICO - V. Imóvel - Demolição 149

PÁTRIO PODER - V. Poder familiar 138

PENA - Nos crimes contra pessoas, cometidos com extrema violência, a pena-base não pode situar-se no mínimo legal. Entretanto, quando for o caso, deve ser considerada a atenuante de menoridade do agente para diminuir-se a pena.

- A teor do art. 44, I, do Código Penal, é vedada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. - Suspensão condicional do processo - Réu revel - *Sursis* 347

- A fixação das reprimendas em patamar acima do mínimo legal, quando devidamente justificada, não enseja qualquer nulidade da sentença. - Sentença - Roubo - Palavra da vítima - Exame de sanidade mental - Conflito aparente de normas - Falta de habilitação e uso de documento falso 356

- Além dos requisitos previstos no art. 44, I e II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), é indispensável para a substituição da pena que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que a substituição é suficiente. Assim, o benefício não pode ser concedido a quem ostenta maus antecedentes, já respondendo a outro processo ainda mais grave. - Tóxico 361

- V. Revisão criminal 378

- Desde que atendidas as condições legais, é possível substituir a aplicação das penas alternativas pela concessão do *sursis* se essa solução é menos gravosa para o condenado. - Uso de documento falso - *Sursis* 385

- Havendo equívoco consistente em se apenar o réu que praticou homicídio simples como se tivesse cometido a modalidade qualificada, o juízo *ad quem* reformará a sentença primeva, fixando a pena adequada ao caso. - Juri - Quesito - Nulidade - Sentença - Juízo *ad quem* 386

- Não há ofensa ao princípio da individualização das penas, se da decisão se depreende o porquê do *quantum* a que chegou o sentenciante ao estabelecer as reprimendas para cada um dos acusados, não obstante a operação tenha sido efetuada de maneira conjunta.

- Somente pode ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, quando, convenientemente oportuna, afigurar-se suficiente para fins de repressão e prevenção do crime. Não preenchendo o réu os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal, impõe-se o indeferimento do pedido. - Réu preso - Citação - Tóxico - Desclassificação de crime 412

- V. Crime hediondo 429

PENHORA - V. Execução 99

- V. Bem de família 99

- Mesmo constando dos autos que os bens teriam sido nomeados à penhora pelo devedor, havendo elementos que permitam perceber que a penhora foi efetivada de forma coercitiva, é de se acatar a regra do art. 649, VI, do CPC, que declara impenhoráveis os bens úteis ou necessários ao exercício de qualquer profissão. Quanto aos bens que, embora guarneçam escritório de advocacia, não se encontram entre os necessários ao exercício da profissão, podem ser penhorados sem ofensa ao dispositivo legal citado. - Bens que guarneçam escritório de advocacia - Impenhorabilidade 208

PENSÃO - A condição de inválido para que o marido receba pensão por morte de sua esposa, consignada no inciso I do art. 7º da Lei Estadual 9.380/86, fere o princípio da igualdade, vez que tal condição não é imposta à esposa.

- O fato de o viúvo contrair novo matrimônio implica a perda de seu direito à pensão deixada por morte de sua esposa.

- O § 7º do art. 40 da CF/88 é auto-aplicável, devendo a pensão por morte de servidor público corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos que ele recebia; esse dispositivo não se subordina às disposições do § 5º do art. 195 da CR/88 por se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. - Viúvo - Princípio da igualdade 203

- A vantagem pecuniária percebida há vários anos por pensionista se incorpora ao seu patrimônio e não pode ser suprimida pela Administração Pública sem a imperiosa instauração de processo administrativo, no qual deverá ser assegurado ao administrado o direito à ampla defesa e ao

contraditório, nos termos dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal/88.

- O valor da pensão por morte de servidor público deve refletir o que este percebia em atividade, em conformidade com os §§ 7º e 8º do art. 40 da CF/88.

- Os juros moratórios relativos ao pagamento de pensão por morte de servidor devem ser calculados à base de 1% ao mês, em conformidade com o art. 3º do Decreto-lei nº 2.322/87, uma vez que tal pagamento é considerado crédito de natureza alimentar. 270

PENSÃO ESPECIAL - É assegurada pensão especial ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, conforme se infere do art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo permitido, a teor do art. 4º da Lei nº 8.059/90, o acúmulo da pensão especial com outros benefícios previdenciários. Assim, se o ex-combatente optou pela pensão especial e não renunciou ao direito dos proventos de aposentadoria, para os quais contribuiu durante a sua vida laboral, deve ser-lhe reconhecido o direito de reopção pelo acúmulo das mencionadas verbas. - Aposentadoria - Ex-combatente da Segunda Guerra Mundial 109

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - A mulher que vem recebendo pensão, conforme deliberado em separação judicial, tem o direito ao correspondente benefício previdenciário, por morte de seu ex-marido e segurado - Ex-mulher - Separação judicial. 188

PERIGO COMUM - V. Incêndio 425

PETIÇÃO INICIAL - V. Divórcio direto 118

PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - V. Sistema Financeiro da Habitação 249

PMMG - V. Concurso público 92/106

PODER FAMILIAR - Deve-se atentar para a primazia dos interesses e direitos da criança e do adolescente, procurando salvaguardá-los, quando demonstrado qualquer risco à sua integridade física, psíquica ou moral. A submissão do pátrio poder ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito, e é indiscutível que, para o bom exercício deste controle, deve o magistrado atentar,

preferencialmente, para o bem-estar da criança e do adolescente, destinatários de sua decisão. Demonstrado nos autos que a genitora submete seus filhos a contumazes maus-tratos, bem como pratica com os mesmos atos libidinosos, vislumbra-se motivos suficientes para que se destitua o pátrio poder que aquela exerce sobre sua prole. - Pátrio poder - Menor 138

POLÍCIA MILITAR - V. Concurso público ... 92/106

PORTARIA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - Em se tratando de norma de efeito concreto e reiterado, não se caracteriza a decadência do direito à impetração do mandado de segurança.

- Deve ser concedida a segurança para revogar portaria editada por Juizado da Infância e da Juventude que proíbe a entrada, permanência ou frequência de menores de 18 anos em bailes ou eventos que veiculam músicas *funk*, por resultar censura de natureza artística, vedada por normas constitucionais e cuja regulamentação é da competência exclusiva de lei federal, na forma dos arts. 5º, caput e inciso IX, e 220, §§ 2º e 3º, I, da Constituição Federal/88. - Norma de efeito concreto - Bailes *funk* - Menor - Mandado de segurança - Censura artística - Decadência 196

POSSESSÓRIA - É de se manter a sentença que julgou procedente a ação possessória ajuizada pela concessionária de energia elétrica decorrente de construção irregular promovida por terceiro na faixa de segurança de linha de transmissão de eletricidade.

- Provada a posse de má-fé daquele que constrói irregularmente na faixa de segurança de linha de transmissão de eletricidade, em área de servidão constituída em favor de concessionária de energia elétrica, descabe indenização pela edificação intencional. Isso porque a indenização pela construção realizada em terreno alheio somente é cabível no caso de possuidor de boa-fé; se de má-fé, a nada terá direito, podendo ser obrigado a desfazer o que houver feito. - Construção irregular - Indenização - Área de servidão da Cemig 226

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Se a pretensão do autor encontra amparo legal, é de se concluir que há possibilidade jurídica para o pedido independentemente de ele ser julgado procedente ou não. - Retificação de área - Registro de imóveis 264

PRECLUSÃO - V. Ordem judicial 266

PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. Exceção de pré-executividade 229

PREFEITO - Afastada, de plano, a ocorrência dos elementos constitutivos do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, pela prova colhida em procedimento administrativo investigatório instaurado pelo próprio MP, de modo a dispensar qualquer outra apuração, improcedente é a acusação, sendo de se rejeitar a denúncia. - Crime licitatório - Denúncia 359

- V. Crime de responsabilidade 368

- V. Denúncia 395/409

PRESCRIÇÃO - V. Execução fiscal 234

- V. Desapropriação indireta 322

PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA - SEUS PRAZOS NO CÓDIGO CIVIL, DA - Dr. Segismundo Gontijo - Doutrina 53

PRESTAÇÃO DE CONTAS - A ação de prestação de contas é bifásica. Na primeira fase, analisa-se apenas o dever ou não de prestar as contas requeridas; na segunda, apura-se o *quantum* do débito ou crédito. Se o réu atende à citação mediante exibição das contas reclamadas pelo autor, opera-se o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento do litígio referente à primeira fase do procedimento. Findando-se esta etapa processual, não pode o magistrado julgar antecipadamente a lide, devendo passar, sem sentença, aos atos inerentes à segunda fase procedimental, que são o exame das contas apresentadas e a determinação do saldo em favor dos litigantes (art. 915, § 2º, do CPC). 292

PRINCÍPIO DA IGUALDADE - V. Pensão 203

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - V. Improbidade administrativa 144

PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE - Cada provimento judicial desafia, em conformidade com o princípio da unirecorribilidade, apenas um recurso, salvo o caso de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário. Assim, hostilizada a mesma sentença por duas apelações, a segunda não pode ser conhecida. - Apelação dupla - Objeção de pré-executividade -

Exceção de pré-executividade - Execução fiscal - Crédito tributário 229

- V. Retirada dos autos de cartório pelo advogado para recorrer (STJ) 433

PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E DA SEGURANÇA JURÍDICA - V. Improbidade administrativa 144

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - É nula a sentença se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, não foi aberta vista à parte contrária para se pronunciar sobre sua juntada aos autos. Tal decisão descumprir o art. 398 do CPC e afronta o princípio do contraditório.

- O fato de o juiz não ter dado oportunidade às partes para se manifestarem sobre as provas que pretendiam produzir e não ter aberto prazo para alegações finais constitui ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. - Alimentos - Nulidade de sentença - Ampla defesa - Documentos - Juntada - Alegações finais 210

PRISÃO CAUTELAR - V. Prisão preventiva 350

PRISÃO CIVIL - V. Falência 295

PRISÃO EM FLAGRANTE - V. Prisão preventiva 350

PRISÃO PREVENTIVA - O despacho que indefere pedido de relaxamento de prisão em flagrante e denega a liberdade provisória não precisa ser extenso, bastando que se demonstre a necessidade de manutenção da prisão.

- A prisão em flagrante e a preventiva, sendo de natureza cautelar, justificam-se para garantir a aplicação da lei penal e evitar prováveis danos à ordem pública, principalmente quando se trata de delito envolvendo roubo de veículo e de carga cometido por quadrilha, prática que vem trazendo instabilidade à população e aos caminhoneiros. Nessa hipótese, a prisão dos agentes deve permanecer, não se podendo conceder a liberdade provisória, a fim de que a ordem social e a econômica sejam garantidas.

- Residência e trabalho fixos, por si sós, não autorizam a concessão da liberdade provisória, se as circunstâncias do crime e suas condições objetivas e subjetivas justificam a prisão preventiva.

- O fato de o crime não ser hediondo não impede a prisão cautelar.	
- O deferimento da liberdade provisória ao co-réu não implica ofensa ao princípio da igualdade nem tem o condão de beneficiar os demais acusados, uma vez que tal benefício também é concedido em face de requisitos de natureza subjetiva. - Prisão em flagrante - Liberdade provisória - Crime hediondo - Prisão cautelar	350
- Presentes os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, não há que se falar em sua revogação. - Habeas corpus - Excesso de prazo	381
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - V. Infração de trânsito (STJ)	441
PROCURAÇÃO - V. Defensor público	311
PROGRESSÃO DE REGIME - V. Crime hediondo	429
PROMESSA DE DOAÇÃO - V. Doação	179
PRONÚNCIA - Aplica-se a pronúncia do agente pela prática de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP) desde que presentes a materialidade e os indícios da autoria do delito denunciado, como prescrito no art. 408 do CPP.	
- O decote da qualificadora somente se justifica quando ela se revele absurda e, em caso contrário, remete a sua apreciação ao seu juízo natural, o soberano e constitucional Tribunal Popular do Júri. - Qualificadora - Conexão - Legítima defesa - Absolvição sumária	370
- V. Retificação da sentença de pronúncia em sessão plenária (STJ)	438
PROPORCIONALIDADE - V. Cargo público - Extinção	173
PROVA - V. Inquérito civil	144
- V. Julgamento antecipado da lide	321
- V. Desaforamento	403
- V. Legítima defesa	406
- V. Tóxico	427

PROVA DE APTIDÃO FÍSICA - V. Concurso público (STF)	456
PROVA ILÍCITA - V. Ação civil pública	273
PROVENTOS - V. Aposentado	335
PSICOTÉCNICO - V. Concurso público	140
Q	
QUALIFICADORA - V. Pronúncia	370
QUEIXA - Permitindo o CPP que o direito de queixa seja exercido pelo ofendido ou por seu representante legal, criou evidentemente a dualidade de titulares, cujos direitos são autônomos, correndo para tanto diversos prazos decadenciais. - Sedução - Representação - Supressão de instância	399
QUESITO - V. Júri	364/374/386/423
- V. Legítima defesa	406
R	
READMISSÃO - V. Servidor	245
RECURSO - O equivocado recebimento do recurso pelo magistrado a quo não obsta o seu não-conhecimento nesta instância revisora se o recolhimento do condenado à prisão era pressuposto insuperável para se apresentar recurso apelatório. - Crime contra os costumes - Estupro e atentado violento ao pudor	417
RECURSO ADMINISTRATIVO - V. Multa de trânsito	343
RECURSO ESPECIAL - V. Retirada dos autos de cartório pelo advogado para recorrer (STJ)	433
REGIME DE BENS - V. Casamento	123
REGIME PRISIONAL - V. Estupro	351
- O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade para os crimes definidos como hediondos pela Lei nº 8.072/90 é o integralmente fechado, ainda que a sentença condenatória tenha estabelecido o regime fechado, sendo inadmissível a progressão. - Crime hediondo	373
- V. Tóxico	388

- V. Estupro e atentado violento ao pudor	401
REGIMENTO INTERNO DO TJMG	
- Art. 42, parágrafo único, b	88
REGISTRO DE IMÓVEIS - V. Retificação de área	264
REINTEGRAÇÃO DE POSSE - O descumprimento de obrigação assumida pelo Município, em contrato de concessão de direito real de uso, firmado com municípios, visando à implementação de programa habitacional, não constitui óbice para que a posse do imóvel concedido lhe seja reintegrada, se o concessionário não cumpriu sua obrigação de construir no prazo fixado no contrato, deixando o referido imóvel em estado de abandono, pois a inércia do concessionário impede o prosseguimento da política social do município. - Concessão de direito real	155
RELAÇÃO DE CONSUMO - V. IPTU (STJ)	446
RELAÇÃO TRIBUTÁRIA - V. IPTU (STJ)	446
REMUNERAÇÃO - V. Servidor	122
- V. Teto remuneratório	124/340
- V. Vice-prefeito	165
REPRESENTAÇÃO - A representação prescinde de fórmula rígida ou formal, sendo suficiente a manifestação inequívoca da vítima ou de seu representante legal, no sentido de processar o autor do crime. - Crime contra os costumes - Estupro - Miserabilidade da vítima - Palavra da vítima - Cerceamento de defesa - Diligência	392
- A representação não depende de rigorismos formalísticos e prescinde de termo a respeito, devendo ser acatada sempre que houver manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, no boletim de ocorrência, para que o autor do fato delituoso seja processado, ou quando comparecem à Polícia para clamar pela punição daquele a quem se considera criminoso. - Crime hediondo - Estupro - Flagrante	396
- O fato de os representantes legais da vítima não terem oferecido a representação contra o réu não impede que ela, ao completar 18 (dezoito) anos, possa fazê-lo, desde que obedecido o prazo decadencial de seis meses. - Sedução - Queixa - Supressão de instância	399

RESISTÊNCIA - Configura o crime de resistência o ato de quem, ao estar sendo detido pela Polícia, entra em luta com o executor da prisão e o agride fisicamente.	367
- O delito de resistência capitulado no art. 329 do Código Penal não se configura, se o agente tão-somente reage, de forma moderada, à ordem de prisão, na busca do justo anseio à liberdade, ainda mais quando a prova carreada dá margem a dúvidas sobre a ocorrência da própria conduta delitiva.	
- O simples comportamento rude ou desrespeitoso do agente com os policiais, opondo-se ao cumprimento da ordem de prisão, não configura delito de resistência, se não se detecta a existência do dolo específico, que é a vontade deliberada de impedir a concretização do ato legal. - Uso de identidade alheia	382
RESOLUÇÃO DO CONTRAN	
- Nº 568, de 1980	441
- Nº 829, de 1992 - Arts. 2º e 3º	441
RESPONSABILIDADE CIVIL - V. Dano moral	162
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - V. Dano moral	243
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - Para configuração do dever de indenizar do Estado, basta a prova do dano e do nexo de causalidade em relação à atuação do agente público. Assim, se houve omissão do Município, que teve ciência do entupimento de bueiro e não agiu a tempo, cabível será a sua responsabilidade pela indenização de eventuais danos materiais e morais causados a terceiros em decorrência de referido entupimento.	
- Para fixação do valor relativo à indenização por dano moral, devem-se levar em conta os aspectos circunstanciais da espécie e o grau de sofrimento experimentado pela vítima ou seus parentes e, para fixação do relativo ao dano material, sob a forma de pensionamento mensal, considerar-se-á a realidade socioeconômica da família da vítima, devendo esta indenização estender-se da data do óbito até aquela em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade, que é a expectativa média de vida dos brasileiros. - Dano moral - Indenização	198
RESPONSABILIDADE DE SÓCIOS - V. Desconsideração da personalidade jurídica	119

RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO - V. Convênio	94
---	----

RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA EM SESSÃO PLENÁRIA - Nos termos do art. 416 do Código de Processo Penal, passada em julgado a sentença de pronúncia, esta somente poderá ser alterada pela verificação de circunstância que modifique a classificação do delito.	
---	--

- É vedado ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, em sessão plenária, retificar a pronúncia, invertendo o nome dos pronunciados para adequá-los em outra conduta, diferente da descrita na denúncia, pronúncia e libelo, em total afronta ao devido processo legal e ao princípio da plenitude de defesa, precisamente porque contra tal acusação não se defenderam os réus e porque não revela circunstância superveniente que modifique a classificação do delito.

- Habeas corpus concedido. (STJ)	438
--	-----

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - A Lei nº 6.015/73, no plano abstrato, admite ao proprietário de imóvel pleitear a retificação de área em desconformidade com a realidade, desde que não decorra prejuízo para terceiro.

- A realidade fática há de prevalecer sobre as declarações enunciativas do registro de imóveis, que deve espelhar a verdade real, conforme se infere do art. 212 da Lei nº 6.015/73. Assim, havendo divergência entre a área registrada e a de fato existente e desde que não haja impugnação dos demais interessados, que devem ser pessoalmente citados, é possível a retificação do registro, para acréscimo de área, de modo a refletir a verdade real do imóvel. - Registro de imóveis - Possibilidade jurídica do pedido 264

RETIRADA DOS AUTOS DE CARTÓRIO PELO ADVOGADO PARA RECORRER - A interposição simultânea dos recursos especial e ordinário pela Associação dos Advogados de São Paulo configura a pretensão de mais de um pronunciamento judicial contra a mesma decisão. Não-observância do princípio da singularidade ou irrecorribilidade.

- Não cabe recurso especial contra decisão que denegou mandado de segurança em última instância pelo Tribunal de Justiça, *ex vi* da regra estabelecida no art. 105, II, b, da CR. Assim, não se conhece do recurso apresentado pela AAP.

- Quanto à pretensão deduzida pela OAB-SP, merece guarida o inconformismo, pois não há como

admitir caracterizada a sucumbência recíproca diante da hipótese de a parte vencedora postular a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo. Em verdade, a condenação na verba advocatícia em percentual menor que o limite máximo legal não caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que não há procedência parcial da ação. Assim, com base nesse raciocínio, não há cogitar que o prazo recursal seja comum, pois, no caso, o prazo é particular. Esse entendimento, aliás, já foi prestigiado neste Sodalício quando do julgamento do RMS 292-SP, oportunidade em que foi destacado o r. parecer do ilustre Professor Nelson Nery Júnior, que, na condição de representante do Ministério Público, assentou que *"não se considera existente a sucumbência recíproca, para efeitos de caracterizar-se o prazo recursal como comum, quando a parte não obteve o máximo da verba honorária"*.

- Recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo não conhecidos.

- Recurso ordinário deduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, conhecido e provido (STJ) 433

RÉU PRESO - V. Citação	412
------------------------------	-----

REVISÃO CRIMINAL - O pedido de revisão criminal fundado no art. 621, III, última parte, do Código de Processo Penal, somente é admissível se demonstrada a existência de causa especial de diminuição de pena ou, então, se não houve a qualificadora nem eventual agravante reconhecidas na sentença condenatória. - Pena 378

ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO, Dr. - Os juízes são diferentes ou fazem a diferença? - Notas e comentários 83

ROUBO - Em crimes de roubo a palavra da vítima apresenta grande valor probante, principalmente quando descreve com firmeza o *modus operandi* do agente e aponta, estreme de qualquer dúvida, a pessoa que realizou o assalto em seu estabelecimento comercial. - Palavra da vítima - Sentença - Pena - Exame de sanidade mental - Conflito aparente de normas - Falta de habilitação e uso de documento falso 356

S

SEDUÇÃO - V. Queixa	399
---------------------------	-----

- V. Representação	399
--------------------------	-----

- V. Supressão de instância	399
-----------------------------------	-----

SEGISMUNDO GONTIJO, Dr. - Da prescrição e da decadência - seus prazos no Código Civil/02 - Doutrina	53
---	----

SEGURO DE VIDA - V. Inventário	258
--------------------------------------	-----

SEGURO RESIDENCIAL - V. Sistema Financeiro da Habitação	212
---	-----

SENTENÇA - A vedação legal de se promover execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública, prevista no art. 2º-B da Lei 9.494/97, não atinge a obrigação de fazer resultante da decisão que determina a publicação da efetivação do servidor público com base no art. 19 do ADCT. A lei processual, quanto à Fazenda Pública, só arreda a execução provisória nos casos de execução por quantia certa. - Execução de sentença contra a Fazenda Pública - Obrigação de fazer - Estabilidade excepcional 236

- É nula a sentença que, em lugar de mencionar os nomes das partes, refere-se a terceiros não integrantes da lide e condena quem não é parte na relação processual.

- Nula é a sentença que deixa de examinar e decidir pedido do autor, como, *verbi gratia*, a arguição de inconstitucionalidade de lei, tornando incompleta a prestação jurisdicional. 280

- Quando a sentença prolatada pelo juiz for mera consequência do acolhimento do pedido principal, é de se rejeitar a preliminar de nulidade da decisão, ao argumento de esta ter extrapolado os limites do pedido. - Ministério Público - Herança - Renúncia 345

- V. Pena	356/386
-----------------	---------

SENTENÇA - NULIDADE - V. Princípio do contraditório	210
---	-----

SEPARAÇÃO JUDICIAL - V. Pensão previdenciária	188
---	-----

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - A ação de separação judicial litigiosa não é a via adequada para discutir direitos relativos a benfeitorias realizadas em imóvel adquirido antes do casamento se o conjunto probatório existente nos autos não é seguro o bastante para o julgamento de tais direitos.

- A ação de dissolução de sociedade de fato possui natureza diversa da ação de separação judicial, não podendo ser reconhecida, nem realizada a partilha dos bens, nos próprios autos da separação, devendo a questão ser discutida em ação própria. - Sociedade de fato - Partilha 238

SERVIDÃO - V. Competência recursal	87
--	----

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - Deve-se considerar, como parâmetro, para indenização de faixa de terreno utilizada para servidão administrativa, a expressão econômica do desfalque patrimonial que a instituição da servidão acarretou ao proprietário do bem atingido, e não o valor da faixa de servidão, haja vista as restrições impostas ao uso e gozo do imóvel pelo proprietário e a sua desvalorização comercial. - Indenização 216

SERVIDOR - Não se configurando as exceções delineadas no inciso XV do art. 37 da CF/88, a redução de remuneração de servidores viola o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

- Em conformidade com inciso X do art. 37 da CF/88, a política de vencimentos dos servidores submete-se a um regramento vigoroso, que impõe a elaboração de lei específica, para que se promova mudança na sua sistemática, devendo, ainda, respeitar a iniciativa privativa.

- É inadmissível a utilização de portaria que conta com a participação isolada do presidente do Legislativo para revogar benefícios concedidos a servidores por intermédio de resolução. - Vencimentos - Irredutibilidade - Suspensão de benefício - Remuneração 122

- V. Teto remuneratório	124/340
-------------------------------	---------

- V. Estabilidade excepcional	151
-------------------------------------	-----

- V. Sindicância administrativa	153
---------------------------------------	-----

- V. Cargo público - Extinção	173
-------------------------------------	-----

- V. Terço de férias	237
----------------------------	-----

- A readmissão de servidor público não concursado é ato que se opõe à sistemática constitucional vigente, por não se compatibilizar com as formas de acesso a cargo público previstas no art. 37 da Constituição Federal. - Readmissão 245

- Por violação dos princípios constitucionais relativos ao contraditório e à ampla defesa e diante do

disposto na Súmula nº 21 do STF, é ilegal e nulo de pleno direito o ato da Administração que, arbitrariamente e sem o devido processo legal, revoga a nomeação de servidor que ingressara na carreira pública pela aprovação em concurso público e que se encontra em estágio probatório. Ocorrendo a exoneração nessas circunstâncias, deve o servidor ser reintegrado no cargo no qual foi empossado. - Nomeação - anulação 252

- V. Estágio probatório 266

- V. Flagrante preparado 273

SERVIDOR CONTRATADO - A jurisprudência do STF, reconhecendo o caráter de essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da CF, não tem acatado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitam ou viabilizem, independentemente de prévia aprovação em concurso público, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. - Mandado de segurança - Autoridade coatora - Legitimidade passiva *ad causam* - Efetivação - Função pública 253

- Ainda que a forma de efetivação de servidores estipulada pelos arts. 105 e 106 do ADCT, com a redação que lhes deu a EC nº 49/01, não fosse flagrantemente inconstitucional por afronta ao requisito do concurso público imposto pelo inciso II do art. 37 da Constituição da República, os servidores contratados por prazo determinado, a título precário, em função de excepcional necessidade do serviço público, não poderiam ser beneficiados pela efetivação, em face da literal redação dos mencionados dispositivos constitucionais, que contemplam apenas os servidores contratados por prazo indeterminado. - Efetivação - Função pública 314

- O comando do art. 106, acrescentado ao ADCT da Constituição Estadual pela EC nº 49/01, que transforma as funções de que são detentores os servidores admitidos por prazo indeterminado em cargos efetivos, para serem providos pelos próprios detentores das anteriores funções, fere o art. 37, II, da CF/88, que torna obrigatória a realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos, devendo-se levar em conta ainda as competências reservadas constitucionalmente para a criação de cargos públicos. - Efetivação - Ato administrativo - Função pública 318

SERVIDOR INATIVO - V. Aposentado 335

SIGILO BANCÁRIO - A garantia constitucional do sigilo bancário cede perante a supremacia do interesse público, pois os direitos fundamentais não são absolutos e encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social e autoridade do Estado. - Interesse público - Ação civil pública - Prova ilícita - Flagrante preparado - Servidor - Vantagem indevida 273

SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA - Na sindicância, a convocação equivale à citação; a partir dela, mostra-se nula a instrução probatória realizada sem a participação do funcionário, tendo em vista a ocorrência do cerceamento de defesa. - Sindicância administrativa 153

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - Nos contratos de financiamentos imobiliários vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, a Taxa Referencial pode ser utilizada como índice de correção das prestações mensais, sem que isso configure ilegalidade ou abusividade. Tal ocorre porque os recursos utilizados para sustentar tais contratos são, por lei, captados junto às cadernetas de poupança, que são corrigidas pela TR. Assim, nada mais lógico do que utilizar-se esse índice para atualizar monetariamente aqueles contratos.

- O agente financeiro deve deduzir a última prestação paga, antes de proceder à atualização do saldo devedor relativo a contratos de financiamento, de forma a não permitir o enriquecimento ilícito da instituição financeira nem a oneração indevida do devedor.

- Ao mutuário do SFH deve ser assegurada a liberdade de escolher o seguro residencial de sua preferência, sendo inadmissível impor-lhe seguro obrigatório escolhido unilateralmente pelo agente financeiro. - Contrato de financiamento habitacional - Atualização monetária - TR - Seguro residencial 212

- Os reajustes nos contratos de financiamento celebrados sob o plano de equivalência salarial devem ser feitos no mesmo percentual e periodicidade do aumento salarial da categoria profissional do mutuário. Inexistindo aumento de salário, não há como proceder-se ao reajuste das prestações mensais devidas. - Plano de equivalência salarial - Consignação em pagamento - Honorários de advogado - Custas processuais 249

SOCIEDADE DE FATO - V. Separação judicial litigiosa 238

SONEGAÇÃO DE BENS - V. Inventariante 233

SÚMULA DO STF

- Nº 21 252
- Nº 282 456
- Nº 565 458

SÚMULA DO STJ

- Nº 119 322
- Nº 127 441
- Nº 198 260

SÚMULA DO TJMG

- Nº 28 406
- Nº 46 388

SUPERMERCADO - FUNCIONAMENTO - Nos termos do inciso I do art. 30 da Constituição Federal, compete ao município legislar sobre matéria de interesse local. Assim, se o município, por intermédio de lei, vedou o funcionamento de supermercados após as 13h de domingo, correta será a diligência dos agentes da fiscalização municipal que notificar e autuar os infratores, devendo ser denegada a segurança por eles impetrada para impugnar o ato do fiscal, ante a ausência de direito líquido e certo dos mesmos de não serem notificados e autuados por infração da lei. - Fiscalização municipal - Mandado de segurança 194

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - Não pode o tribunal se manifestar sobre eventuais preliminares e mérito da imputação quando não houve tal análise em primeiro grau, sob pena de se suprimir uma instância. - Sedução - Queixa - Representação 399

SURSIS - Atendidas as exigências legais e desde que corretamente aplicado, é de se manter a concessão do *sursis*. - Suspensão condicional do processo - Réu revel - Pena 347

- V. Pena 385

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RÉU REVEL - A suspensão condicional do processo tem como fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade assumidos pelo réu no ato da audiência. Assim, não é possível aplicar-se esse benefício se o réu é revel e lhe são desfavoráveis as circunstâncias judiciais. - Pena - *Sursis* 347

SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO - V. Servidor 122

TAXA - V. Taxa de Licença para Ocupação do Solo Urbano 167

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - V. Ação civil pública 103

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - V. Ação civil pública 103

- V. Energia elétrica 103

- É inconstitucional a taxa de iluminação pública cobrada junto com as contas de energia elétrica da Cemig, porque o serviço de iluminação das ruas e logradouros aproveita a toda a comunidade de forma generalizada, carecendo dos requisitos da especificidade e divisibilidade constantes do art. 145, II, da CF/88. - Iluminação pública - Tributo municipal - Energia elétrica - Suspensão 242

TAXA DE LICENÇA PARA OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO - Segundo o art. 145, II, da CF, as taxas são instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Inexistindo qualquer serviço público, tampouco fiscalização efetiva recaindo sobre as atividades, é indevida a cobrança do tributo.

- A ilegalidade da cobrança da Taxa de Licença para Ocupação do Solo, das Vias e Logradouros Públicos para instalação de redes elétricas, sistemas de transmissão ou postes de energia elétrica, serviço público que visa ao atendimento da própria coletividade, decorre do fato de não haver nenhuma correlação entre o seu fato gerador e as hipóteses elencadas nos arts. 77 e 78 do CTN. Ademais, sua inconstitucionalidade é expressamente declarada no art. 155, § 3º, da Constituição Federal, que veda a incidência de qualquer outro tributo sobre operações relativas a energia elétrica, a não ser o ICMS e os impostos sobre importação e exportação. - Energia elétrica - Taxa 167

TÁXI - O transporte intermunicipal de passageiros por veículos de táxi licenciados pelo município está amparado pelo Código de Trânsito, tendo o passageiro liberdade para escolher o transporte que entenda ser adequado, podendo ele usar tanto o transporte coletivo quanto o táxi.

- Fere direito líquido e certo do taxista, referente ao livre exercício de sua profissão, o ato de coman-

dante da Polícia Rodoviária que impede o transporte intermunicipal de passageiros realizado por táxi, desde que o taxista tenha concessão do município para efetuar o transporte, não angarie, alicie ou recrute passageiros e o veículo esteja devidamente regularizado. - Transporte intermunicipal de passageiros 190

TERÇO DE FÉRIAS - O pagamento de verba devida ao funcionalismo público escapa ao simples juízo de conveniência e oportunidade da Administração, configurando, antes, obrigação legal da mesma, irradiando, a sua negativa, na seara do controle de legalidade da atividade administrativa, que pode e deve ser realizado pelo Poder Judiciário.

- Confessada a inadimplência relativa ao pagamento do terço de férias a servidor, tornando-se incontroversa a questão, devido é o pagamento, cabendo ao Judiciário, tão-somente, a condenação da Administração, sendo irrelevante o fato de a mesma não ter capacidade financeira de honrar a dívida, já que tal circunstância não extingue a obrigação. - Obrigação de dar - Obrigação de fazer - Multa diária - Servidor - Atividade administrativa - Controle da legalidade 237

TERRAS DEVOLUTAS - V. Usucapião 224

TESTAMENTO - O art. 1.630 do Código Civil Brasileiro veda o testamento conjuntivo recíproco feito por intermédio de um só instrumento, pelo qual, em detrimento de herdeiros legítimos, possibilita a cada um dos mútuos testadores assumir a posição que, legalmente, caberia aos herdeiros necessários. Entretanto, será plenamente válida a disposição que não foi realizada em um só testamento, mas consignada em atos distintos e independentes. - Doação - Embargos de declaração - Prazo - Litisconsorte necessário - Citação 127

TESTAMENTO PÚBLICO - Na ação anulatória de testamento público, não pode prevalecer a alegação de ser o testador louco, se ele não foi interdito ou se não ficar comprovado o seu desequilíbrio psíquico, passível de impedi-lo de responsabilizar-se por seus atos, devendo, assim, se não for comprovado o seu estado de insanidade, que o impossibilita de discernir o significado de sua atitude, prevalecer o teor probante da escritura pública de testamento, que é regido pelo disposto no art. 364 do CPC, possuindo o seu conteúdo presunção de veracidade *juris tantum*, a ser infirmado por outras provas em contrário. 306

TESTEMUNHA RESIDENTE FORA DA COMARCA

- 1. A testemunha residente fora da Comarca, ainda que arrolada com cláusula de imprescindibilidade, não está obrigada a comparecer ao Tribunal do Júri para depor. É-lhe facultado apresentar-se espontaneamente em plenário ou ser ouvida por meio de carta precatória, caso requerida na fase processual própria.

- 2. O preceito contido no art. 455 do Código de Processo Penal não excepciona a regra estatuída no seu art. 222.

- Ordem denegada. (STF) 449

TETO REMUNERATÓRIO - O STF já se pronunciou no sentido de que não são auto-aplicáveis as normas dos arts. 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição Federal, com as modificações da Emenda Constitucional nº 19/98, dependendo de lei formal, de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e do STF, e, não havendo lei federal que regulamente os dispositivos constitucionais, não pode o legislador infraconstitucional aplicar suas leis, ferindo a Carta Magna.

- A Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepi é uma vantagem de natureza pessoal, visto integrar os vencimentos dos ocupantes dos cargos públicos; e, assim, não pode ser suprimida ou reduzida. - Servidor - Remuneração - Vencimentos - Vantagem pessoal - Gratificação de Estímulo à Produtividade Individual-Gepi 124

- Relativamente ao teto remuneratório dos servidores públicos, continuam em vigor as regras preexistentes à EC nº 19/98, que não são auto-aplicáveis, dependentes que são de lei formal regulamentadora.

- A teor do § 1º do art. 24 da CE/89, no âmbito do Poder Executivo Estadual, o limite é o da remuneração em espécie, a qualquer título, do Secretário de Estado. Entretanto, não se inserem no cômputo geral da remuneração, para efeito de determinação do teto constitucional, as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público em razão de circunstâncias pessoais ou de caráter funcional, inclusive o valor percebido a título de adicionais por tempo de serviço e gratificações decorrentes de apostila em cargo em comissão. Assim, nem mesmo por meio de lei, poderá o Estado, sem ferir a Constituição, fixar, para efeito de teto constitucional, um valor global que também abranja vantagens de ordem meramente individual.

- Servidor - Vantagem pessoal - Remuneração - Vencimentos 340

TOMBAMENTO - V. Imóvel - Demolição 149

TÓXICO - V. Pena 361

- O Ministério Público detém competência exclusiva para apresentar a denúncia nos casos dos crimes da Lei nº 6.368/76. Pretendendo o juiz desclassificar o delito, o momento oportuno para fazê-lo é o da prolação da sentença de mérito, desde que oferecida ao paciente ampla oportunidade de defesa. Por isso, o fato de o magistrado alterar a capitulação do crime, ao receber a denúncia, caracteriza constrangimento ilegal passível de solução pela via do *habeas corpus*. - Denúncia - Desclassificação do crime - *Habeas corpus* - Ministério Público 365

- Desde que comprovado que o réu forneceu drogas a menores para venda, caracterizada está a prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, e, dadas as circunstâncias, é correta a incidência da majorante do art. 18, III, da já mencionada lei.

- O regime prisional para o crime de tráfico de drogas é o integralmente fechado, conforme a legislação vigente, reiteradas decisões do STF e do STJ e de acordo com a Súmula nº 46 do TJMG.

- V.v.: - A Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, III, XLVII e XLIX, da CF/88. A progressão de regime prisional nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, mas não o é a Lei dos Crimes Hediondos, quando estabelece regime único de cumprimento de pena para todos os agentes daqueles crimes, porquanto viola o princípio da individualização da pena. Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas somente aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo os benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado o regime integralmente fechado. - Regime prisional 388

- A condição de viciado ou dependente químico não exclui, por si só, a de traficante. Portanto, a inobser-

vância do disposto no § 5º do art. 22 da Lei nº 6.368/76, segundo o qual deverá o juiz, no interrogatório do réu, indagá-lo sobre eventual dependência, não pode fundamentar a nulidade de processo que apura crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

- Havendo nos autos laudo de exame toxicológico corretamente lavrado e assinado por dois peritos oficiais e não tendo a defesa, em momento algum, posto em dúvida a identidade da substância apreendida, constitui mera irregularidade a omissão do laudo quanto à indicação do método empregado na análise técnica, a qual é inábil para descaracterizar a materialidade delituosa.

- Ainda que a substância entorpecente pertença a terceiro, quem a porta incorre também na sanção penal.

- Constatado que a droga apreendida em poder do agente não se destinava a seu consumo, inadmissível é a desclassificação do delito de tráfico para o crime de uso previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

- Provadas a materialidade e a autoria do delito, a condenação é de rigor.

- Tratando-se de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que a Lei nº 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. - Tráfico - Nulidade processual - Laudo pericial 419

- Para embasar a condenação pela prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, a prova da traficância exercida pelo réu deverá ser segura e firme. A mera suspeita decorrente da delação de co-réu, ainda que aliada a depoimentos duvidosos de policiais, não autoriza a condenação do réu. Em casos assim, deve-se aplicar o brocardo *in dubio pro reo*, procedendo-se à absolvição.

- V.v.: - Se o decreto condenatório se baseou na delação inquisitorial do co-réu, somada a depoimento de policial militar, a prova coligida permite a conclusão de que o acusado, abordado em conhecida região de tráfico, estava comercializando entorpecentes. Nesse caso, deve ser confirmada a sentença condenatória. 427

- Irrelevante é a quantidade de droga apreendida com o réu, para que se configure o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76. 431

TR - V. Sistema Financeiro da Habitação 212

TRÁFICO - V. Tóxico 419/427

TRANSPORTE - O serviço de transporte de passageiros (mototáxi) não se encaixa nos casos em que os arts. 17, 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93 determinam que o Poder Público pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível. Assim, se o município contrata aquele serviço de transporte sem que tenha havido o prévio e obrigatório processo licitatório, não há como conhecer elementos que evidenciem o direito líquido e certo invocado pelo contratado para suspender os efeitos do ato administrativo que determinou o cancelamento da inexigibilidade de licitação. - Mototáxi - Licitação - Ato administrativo 276

TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - V. Táxi 190

TRIBUNAL DE ALÇADA E TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - V. Conflito de competência 88

TRIBUTO MUNICIPAL - V. Energia elétrica - Suspensão 242

TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS - V. Incompetência do STF para processar e julgar HC de decisão oriunda de Juizado Especial Criminal (STF) 453

U

ÚLTIMA PENA DE MORTE EXECUTADA NO BRASIL, A - Nota histórica - Memória do Judiciário Mineiro - Júnia Diniz 17

UNIÃO ESTÁVEL - Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível o reconhecimento da união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, quando comprovado que o casal manteve duradoura e íntima convivência, que permitiu o vizindário a acreditar que os concubinos fossem casados, em razão de serem vistos frequentemente juntos.

- O fato de o casal não residir sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação já que para a

caracterização do concubinato não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal. - Concubinato impuro 147

- V. Inventário 330

- V. Concubinato 338

USO DE DOCUMENTO FALSO - V. Falsificação de documento público e uso de documento falso 354

- Tendo o réu assumido o risco de adquirir Carteira Nacional de Habilitação mediante pagamento, sem realização dos exames necessários perante o órgão competente, que é o Detran, no mínimo, sua conduta revestiu-se de dolo eventual, o que, aliado ao fato de encontrar-se na direção portando carteira falsa, é suficiente para caracterizar claramente o delito previsto no art. 304 do Código Penal. Irrelevante a exibição do documento ter sido em razão de ordem policial, pois a circunstância de estar o motorista dirigindo o veículo, portando carteira de habilitação falsa já configura o crime. Isso porque o porte de documento válido é requisito para que alguém possa conduzir veículos automotores. - Carteira Nacional de Habilitação-CNH - Documento falso 405

- Quem exibe Carteira Nacional de Habilitação que sabe ser falsa incorre nas sanções do art. 304 do Código Penal. A alegação de que tal exibição se deu durante blitz, em atenção a pedido de agente da autoridade de trânsito, é insuficiente para afastar o dolo consistente na vontade livre e consciente de fazer uso do documento falso. - Pena - Sursis 385

USO DE IDENTIDADE ALHEIA - V. Falsificação de documento público e uso de documento falso 354

- Configura-se o delito do art. 308 do Código Penal quando o agente cede ou faz uso de documento alheio para se furta a uma abordagem policial, não se tratando de hipótese de simples tentativa, haja vista que o delito em questão é de mera conduta, consumando-se no exato momento da cessação ou da utilização indevida, independentemente da produção de qualquer resultado lesivo. - Resistência 382

USUCAPIÃO - Cabe ao Estado, em ação discriminatória, provar que as terras, objeto de usucapião, são devolutas, se é ele quem aduz fato impedi-

tivo do direito pleiteado, mormente porque a ausência de transcrição do imóvel no Registro de Imóveis não gera presunção *juris tantum*, em favor do ente público, de que toda área que não seja particular é pública.

- É de se julgar procedente o pedido de usucapião fundado em prova segura de posse pacífica e ininterrupta por mais de 20 anos, exercida com *animus domini*, e não restando demonstrado que o imóvel usucapiendo integra o patrimônio do Estado. - Terras devolutas - Ação discriminatória 224

V

VANTAGEM INDEVIDA - V. Flagrante preparado 273

VANTAGEM PESSOAL - V. Teto remuneratório 124/340

VEÍCULO - V. ICMS 260

VENCIMENTOS - V. Teto remuneratório .. 124/340

- V. Cargo público - Extinção 173

VENCIMENTOS - IRREDUTIBILIDADE - V. Servidor 122

VICE-PREFEITO - O vice-prefeito deve ser colocado na mesma situação jurídica do titular do mandato, porque, em caso de impedimento eventual ou de sucessão, irá o primeiro assumir a função de chefe do Executivo. Assim, o servidor público, ao ser investido no mandato de vice-prefeito, deverá ser afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração que melhor lhe aprouver, nos termos do inciso II do art. 38 da CF/88. - Remuneração 165

VIOLÊNCIA PRESUMIDA - V. Estupro e atentado violento ao pudor 401

VIOLENTA EMOÇÃO - V. Homicídio privilegiado 421

VIÚVO - V. Pensão 203